



HAL
open science

Recherche sur la personnalité morale en droit privé

Nicolas Mathey

► **To cite this version:**

Nicolas Mathey. Recherche sur la personnalité morale en droit privé. Droit. Université Paris II Panthéon-Assas, 2001. Français. NNT: . tel-03950278

HAL Id: tel-03950278

<https://hal.science/tel-03950278v1>

Submitted on 21 Jan 2023

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Université Panthéon-Assas (Paris II)

Droit-Economie-Sciences sociales

**Recherche sur la personnalité morale
en droit privé**

Thèse

Pour le Doctorat en Droit de l'Université Paris II

Arrêté du 30 mai 1992

Droit privé

Présentée et soutenue publiquement

Le 19 décembre 2001

Thèse honorée du Prix de thèse de l'Université Paris II Panthéon-Assas
et du Prix Albert Wahl

par **M. Nicolas MATHEY**

Directeur de la recherche

M. Laurent LEVENEUR

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury **M. Michel GERMAIN**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Paul LE CANNU
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

M. Laurent LEVENEUR
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Dominique BUREAU
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Philippe DIDIER
Professeur à l'Université de Tours

L'université Panthéon-Assas (Paris II) Droit-Economie-Sciences Sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Introduction

AJDA	Actualité de droit Administratif
AP.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Art.	Article
B. Crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
B. Joly	Bulletin Joly
BC.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles, commerciales et sociales
BRDA	Bulletin rapide de droits des affaires
C.C.C.	Contrats, Concurrence, Consommation
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CE.	Conseil d'Etat
Chr.	Chronique
CJCE.	Cour de Justice des Communautés européennes
CM.	Chambre Mixte
COB	Commission des Opérations de Bourse
Comm.	Commentaire
CR.	Chambres Réuniones
D. Aff.	Dalloz Affaires
D. Soc.	Droit social
D.	Recueil Dalloz (Dalloz Sirey depuis 1965)
Def.	Répertoire du notariat Defrénois
DH.	Dalloz Hebdomadaire
DMF.	Droit maritime français
DO.	Droit Ouvrier
DP.	Dalloz Périodique
Dr. et Pat.	Droit et Patrimoine
JNA	Journal des Notaires et Avocats
Dr. Pén.	Droit pénal
Dr. Soc.	Droit des sociétés
éd.	édition/éditeur
GP.	Gazette du Palais
Ibid.	ibidem
IR.	Informations rapides
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP.	Juris-Classeur Périodique (N, édition Notariale ; E, édition Entreprise ; CI, Commerce et industrie)
JDI.	Journal du droit international (cité aussi Clunet)
RDI.	Revue de droit immobilier
JO.	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JS.	Journal des Sociétés
LC.	Loyers et Copropriété
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (cité aussi Rec.)
LR.	Law Review
op. cit.	opere citato
Ord.	Ordonnance
p.	page(s)
PA.	Les Petites Affiches
préc.	précité(e)(s)
PU	Presses Universitaires

Introduction

QJ.	Quotidien juridique
RCDIP.	Revue Critique de droit international privé
RCJB.	Revue Critique de jurisprudence Belge
RDBB.	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDSS.	Revue de droit sanitaire et social
Rép.	Répertoire
Rev. Crit.	Revue Critique de législation et de jurisprudence
RJF.	Revue de jurisprudence fiscale
RJS.	Revue de jurisprudence sociale
RGD.	Revue générale de Droit
RGDCom.	Revue générale de Droit commercial
RIDC.	Revue internationale de droit comparé
RIDEco.	Revue internationale de droit économique
CGI.	Code général des impôts
RIDP.	Revue internationale de Droit pénal
RJC.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA.	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RPC.	Revue des procédures collectives
RRJ.	Revue de la Recherche juridique (Droit prospectif)
RS.	Revue des sociétés
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Sirey
Somm.	Sommaire
sq./sqq.	sequitur/sequntur (suivant(e)/suivant(e)s)
TGI.	Tribunal de Grande Instance
TI.	Tribunal d'Instance
TPS.	Travail et Protection sociale (ancien Droit du travail)
Trib.	Tribunal
TC.	Tribunal des conflits
T. corr.	Tribunal correctionnel
V ^o /V ^{is}	Verbo/verbis [au(x) mot(s)]

Introduction

1 Peut-on encore s'interroger sur la possibilité d'une théorie cohérente et réellement juridique de la personnalité morale ? Sur la question, toutes les positions ont été soutenues et critiquées, à tel point qu'il est apparu à Monsieur Paul Didier que si « au terme d'un long débat, on se trouve revenu au point de départ c'est que l'on a fait le tour de la question ou qu'elle était mal posée »¹. La question était, semble-t-il, souvent formulée sans rapport avec le droit positif, en des termes essentiellement philosophiques. Les thèses classiques tendaient à rechercher pourquoi des biens qui n'appartenaient pas à des individus n'étaient pas des biens vacants². Les relations de l'Etat avec les particuliers étaient au centre des débats³, conduisant la doctrine à la controverse classique, mais dont la vanité apparaît chaque jour davantage, de la réalité et de la fiction.

2 Les théories s'opposaient dans une incompréhension réciproque, aucun axiome commun ne semblait apparaître pour permettre le dialogue. L'irréfutabilité absolue caractérisait ces tentatives, qui ne suscitaient que l'adhésion ou le rejet, mais rarement la réflexion et le dialogue. Seul Saleilles semble avoir évolué vers une conception objective qui aurait pu rendre possible une théorie juridique de la personnalité morale⁴ ; cependant il est resté tributaire de la formulation du problème qui, malgré toute la richesse de sa méthode, constituait le vice essentiel de la doctrine de l'époque⁵. Aujourd'hui, la controverse semble abandonnée⁶. Il est possible de

1 P. DIDIER, *Droit commercial*, t. II, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF 1999, p. 45.

2 Ibid.

3 Ce qui explique l'intérêt commun des privatistes et des publicistes pour le sujet.

4 R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., préf. de H. CAPITANT, Rousseau 1922.

5 Saleilles ne nierait pas l'utilité actuelle d'un retour sur la théorie de la personnalité morale. L'idée d'une méthode historique pourrait faire croire que la vérité découverte dans l'histoire du droit s'impose au juriste moderne. Cependant une telle conception de la méthode, présente chez Savigny, est totalement étrangère à Saleilles. Il recourait à une méthode historique et évolutive, qui, plutôt qu'une régression, propose une compréhension des institutions juridiques dans la perspective de leur évolution. Aussi semble-t-il possible, et utile, de revenir sur le sujet. Voir R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, in *Le Code civil, livre du centenaire*, t. I, p. 97.

6 La théorie de la personnalité morale connaît un regain d'intérêt depuis peu. Voir G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, Bibl. dr. priv. n° 253, LGDJ 1997 ; du même auteur, *Répertoire civil*, V° Personne morale ; A. GHOZI, *La personne morale*, in *La personne en droit du travail*, éditions Panthéon-Assas 1999, p. 109 ; C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran. Essai sur la notion et son régime juridique*, Bibl. dr. priv. n°292, LGDJ 1998 ; B. DONDÉRO, *Les groupements sans personnalité juridique en droit privé*, thèse dactyl., Paris X 2001.

reprendre l'étude du sujet avec sérénité. L'histoire permettra dans un premier temps de faire apparaître quelques-unes des questions traditionnelles. Il faudra dans un deuxième temps dégager l'intérêt d'entreprendre une nouvelle recherche. La méthode suivie sera, quant à elle, exposée dans un troisième temps.

1) Une brève histoire de la personnalité morale

3 Afin d'identifier les difficultés que rencontre toute théorie de la personnalité morale, le plus sûr moyen est de parcourir l'histoire. Nous assisterons à l'apparition des problèmes et au développement des problématiques ; il s'agira d'une histoire technique mais aussi doctrinale.

4 **Droit romain.** Nous devons l'existence d'une théorie du droit aux juristes romains. Même s'ils n'étaient pas des théoriciens au sens moderne du terme en ce que les constructions abstraites leur répugnaient, ils ont développé une littérature juridique⁷. L'absence de théorie de la personnalité morale en droit romain⁸ est avérée : ni l'idée de personne fictive, ni celle de personne réelle ne s'y retrouve. Seul un texte du Digeste compare l'*hereditas* à une personne⁹ (D.46.1.22), et encore s'agit-il peut-être d'une interpolation¹⁰.

5 Le droit romain archaïque ne connaissait que deux types de patrimoines : celui des particuliers et celui du peuple romain. La situation a changé avec l'apparition des *municipes*, qui étaient des communautés locales. Elles ne pouvaient être assimilées à l'Etat. Le droit des particuliers leur a été appliqué par conséquent. C'est à l'image des *municipes* que fut créée la personnalité des collèges¹¹. Il semble que les associations se constituaient librement à l'origine : aucune autorisation n'était nécessaire dès lors qu'elles se dotaient de statuts (GAÏUS, D.47.22.4). Face aux abus de certaines associations populaires, leur dissolution a été décidée, en 64¹² et en 56¹³ avant

7 M. VILLEY, *Le droit romain, son actualité*, 9^{ème} éd., coll. Que-sais-je ?, PUF 1993, p. 34.

8 Sur l'ensemble de la question : B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Sirey 1942.

9 *Hereditas personae vice fungitur sicuti municipium, et decuria, et societas.*

10 A. PHILIPSBORN, *Les établissements charitables et les théories de la personnalité juridique dans le droit romain*, R.I.D.A. 1951.141. Justinien et ses conseils ont parfois eu recours à l'expédient de l'interpolation afin de mettre en conformité des textes d'époques différentes. Ses modifications, les interpolations, ont été l'objet d'une étude historique afin de restituer aux textes leur contenu originel.

11 B. ELIACHEVITCH, op. cit., p. 199 ; GAÏUS, D.3.4.1 § 1. Les collèges sont les ancêtres des associations.

12 Senatus-consulte adopté sur l'initiative de Cicéron.

13 *Lex julia*, adoptée sur l'initiative de Jules César ; une *lex clodia de collegiis* avait rétabli les associations en 58 av. J.-C..

Introduction

Jésus-Christ. Sous le règne d'Auguste une nouvelle *lex julia* a instauré un régime d'autorisation par le Sénat¹⁴.

6 La personnalité morale ne faisait pas l'objet d'une concession distincte mais appartenait à tout groupement licite, c'est-à-dire autorisé¹⁵. Il semble cependant que les associations non autorisées n'étaient pas pour autant illicites ; le Sénat a fait preuve de tolérance. D'une part, certains types de groupement ont été reconnus une fois pour toutes¹⁶, d'autre part, un collège n'était considéré comme illicite que s'il présentait un danger pour l'ordre public¹⁷. Plus tard l'influence de l'Eglise ayant provoqué un développement des fondations, la tolérance dont faisait preuve l'Empire à l'égard des associations leur a été étendue.

7 La compilation justinienne a réuni sous un même titre *quod cuiscum que universitatis nomine vel contra eam agatur*¹⁸ ce qui était séparé antérieurement : *municipes* d'un côté et collèges et société de publicains de l'autre. Le point commun qui a justifié ce rapprochement est la capacité à ester en justice¹⁹. Cette initiative a modifié le sens du mot *universitas*²⁰ qui ne désignait que la collectivité ; il acquiert dans l'œuvre de Justinien une signification technique.

8 Trois points importants ressortent de ce bref exposé du droit romain. Les Romains n'avaient guère besoin de constructions abstraites pour faire vivre des groupements. Ils ont cependant fourni des éléments essentiels au débat qu'allait susciter la notion de personnalité morale : tout d'abord une première référence à l'analogie entre les collèges et autres *universitates*, et la personne²¹ ; ensuite l'importance des rapports du groupe qui aspire à la vie juridique avec les pouvoirs publics. La nécessité d'une autorisation sera souvent au cœur des débats. Enfin l'importance de l'action en justice apparaît très

14 Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, op. cit., p. 61 sqq.

15 Voir R. SALEILLES, *L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, Mélanges Girard, 1912, t. II, p. 490. Voir contra B. ELIACHEVITCH, op. cit. p. 252 sq.

16 Voir MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 6^{ème} Ed., 1947, n° 243.

17 Voir B. ELIACHEVITCH, op. cit., p. 252 sq.

18 Le titre 4 du livre 3 du Digeste, *Des manières d'agir pour ou contre une universitas*.

19 B. ELIACHEVITCH, op. cit., p. 348.

20 Sur le mot lui-même et sur l'institution au moyen âge : P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen âge latin*, Vrin 1970.

21 C'est-à-dire la personne humaine.

nettement, puisqu'elle est le caractère commun des *universitates* qui permet leur regroupement en une catégorie juridique.

9 **L'ancien droit.** Le Moyen Age est marqué par un dualisme. L'Eglise, héritière de la tradition juridique de Rome, est restée le seul cadre stable de la société : elle a une pratique de plusieurs siècles de l'ordre et du droit. Les juristes séculiers ont de leur côté redécouvert le droit romain à une époque de renouveau dans tous les domaines de la société. Ils ont puisé dans les compilations justiniennes les institutions dont leur temps avait besoin, élaborant à cet effet des théories audacieuses²². Ces deux courants se sont conjugués pour organiser les aspects communautaires de la vie de cette époque.

10 Un épisode est resté célèbre. Il s'agissait de savoir si une *universitas* pouvait être excommuniée. A cette question, le pape Innocent IV lui-même a tenté de répondre, dans une décrétale *Romana ecclesia* de 1245. Il a interdit l'excommunication contre une *universitas* afin de ne pas lier par une telle sentence des innocents. Il a développé son argumentation par la suite en utilisant le terme *nomen intellectuale*, là où d'autres ont recouru à celui de *persona ficta*²³. Un autre grand canoniste, Hostiensis, bien qu'en accord avec la solution adoptée, s'est avoué peu convaincu par la motivation papale²⁴. Il a développé la thèse de la spécificité de l'action collective. Si l'*universitas* ne peut être excommuniée c'est en raison de sa nature : abstraction dépourvue d'âme, elle ne peut subir une peine spirituelle.

11 De cette époque, date l'apparition de nouveaux éléments du débat encore actuel de la personnalité morale. Le terme de *persona ficta* a évidemment inspiré ceux qui ont élaboré la théorie de la fiction au XIX^e siècle. La signification que l'on attache d'ordinaire au qualificatif de fictif est cependant absente de la pensée des auteurs de cette époque. Il est impossible d'élaborer une théorie de la fiction à partir de ces auteurs sans commettre un anachronisme²⁵. Il ne faut pas oublier en effet que le réalisme était la philosophie dominante au XIII^e siècle. Les objets conceptuels, mentaux, étaient des réalités, des *figura veritatis*. Lorsque le nominalisme l'emportera, un peu plus tard, les catégories intellectuelles générales seront contestées. L'idée selon laquelle seuls les individus existent conduira à une remise en cause de

22 F.-X. TESTU, *Les glossateurs*, RTDCiv. 1993.279.

23 Voir P. MICHAUD-QUANTIN, op. cit., p. 41 sqq., et p. 327 sqq.

24 Ibid.

25 Voir P. MICHAUD-QUANTIN, op. cit., p. 41 sqq., et p. 327 sqq. ; E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du Roi : Essai sur la théologie politique au Moyen-Age*, Bibliothèques des histoires, Gallimard 1989, p. 200 sqq.

la réalité, même intellectuelle, des concepts et donc de la personnalité morale²⁶.

12 La situation concrète dans laquelle la décrétale *Romana ecclesia* a été adoptée suggère également que le problème de la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas nouveau. Enfin, sur un plan général, la séparation de l'*universitas* et de ses membres peut être considérée comme datant de cette époque²⁷.

13 Les anciens auteurs traitaient des corps et communautés²⁸ et rappelaient le principe déjà rencontré en droit romain qu'ils ne peuvent se constituer sans autorisation²⁹. Comme en droit romain, il semble que la licéité du groupement et sa personnalité n'aient pas fait l'objet d'un traitement distinct en ancien droit. L'idée d'une personne fictive était encore absente de l'esprit des auteurs de l'époque. Madame Lefebvre-Teillard relève qu'ils ne ressentaient pas le besoin de qualifier les personnes dont ils traitaient³⁰. Pothier écrivait notamment que «les corps et communautés établis selon les lois du royaume sont considérés dans l'état comme tenant lieu de personne : *veluti personam sustinent* »³¹.

14 Aucune nouveauté ne paraît avoir alors enrichi le débat. Pourtant, certaines sociétés semblent avoir acquis la personnalité morale dès cette époque³². Malheureusement la doctrine contemporaine n'a pas relevé le phénomène, déterminant pour l'avenir de l'institution, du développement des sociétés de capitaux³³. Il est permis de s'interroger sur la fiabilité des auteurs de l'ancien régime lorsqu'ils traitent de la personnalité morale alors qu'ils négligent les sociétés de capitaux, qui ont été un élément moteur de l'évolution

26 Sur le lien entre la querelle des universaux et la théorie de la personnalité morale : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 223 sq.

27 Voir R. SALEILLES, *Etudes sur la société en commandite*, Ann. dr. com. 1895.10, 1895.49, 1897.29 ; spéc. 1895.68, n° 41 sqq.

28 Voir par exemple BOURJON, *Droit commun de la France*, I.4.3.

29 ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XXII, n°658, Edit d'août 1649. Voir également LOISEL, *Institutes coutumières*, III.3, maxime 23.

30 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF 1996, n° 70.

31 POTHIER, *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, par M. BUGNET, 2^{ème} éd., 1861, t. IX, *Traité des personnes*, titre VII *Des communautés*, n° 210.

32 G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les Moulins de Toulouse au Moyen-Age*, collection Affaires et Gens d'affaires, Armand Colin 1953, p. 313.

33 Voir J. GUYADER, *Existait-il une doctrine commercialiste dans l'ancienne France ? L'exemple des sociétés : titre IV de l'ordonnance sur le commerce de terre du 23 mars 1673*, in *La doctrine juridique*, CURAPP-CHDRIP, PUF 1993, p. 77.

doctrinale et législative. Il est parfois possible d'en tirer d'intéressants paradoxes³⁴.

15 Le droit révolutionnaire et le Code civil. L'étape suivante de la constitution de la problématique de la personnalité morale est la période révolutionnaire et son prolongement impérial. Deux phases peuvent être distinguées selon Madame Patault³⁵ : la première, théorique, a accompagné le débat relatif aux nationalisations, la seconde, pratique, apparaît au moment de la codification. En octobre 1789, la Révolution cherchait des sources de financement et a pensé les trouver dans les biens du clergé. Ce fut l'occasion d'exposer deux théories qui domineront le discours juridique des siècles suivants : celle de la fiction présentée par le député Thouret, et celle de la réalité soutenue par le député Clermont-Tonnerre. La première trouve sa source dans la conception traditionnelle transformée en doctrine révolutionnaire. Trois idées forment l'essentiel du propos du député Thouret : la personnalité morale est une création de la loi, la fiction est un écran derrière lequel disparaissent les membres, l'assimilation est impossible avec les personnes physiques qui jouissent seules de droits naturels³⁶. Son adversaire soutenait, bien sûr, les propositions exactement opposées. Il prétendait notamment que la personnalité existait indépendamment de sa reconnaissance par la loi. La théorie de la fiction a été adoptée par Savigny, puis reprise par Zachariæ, elle est revenue dans sa patrie d'origine grâce à Aubry et Rau³⁷. En législation, les corps intermédiaires ont été supprimés par la loi Le Chapelier, qui proclame ainsi solennellement qu'entre l'intérêt de la nation et ceux des individus, il n'existe rien.

16 Lors de la rédaction du Code civil, les aspects pratiques ont prédominé. Les articles 516 et 529 du Code civil serviront à illustrer cette seconde phase. L'article 516³⁸ devait disposer à l'origine que les biens appartiennent soit à la Nation, soit aux communes, soit aux

34 Comme celui que relève Monsieur Didier en comparant la doctrine de Pothier (qui ignorait les sociétés de capitaux), le Code civil et son application : P. DIDIER, *Droit commercial*, t. II, op. cit., p. 60.

35 A.-M. PATAULT, *La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie*, Droit n° 17, p. 79.

36 Notamment seules les personnes physiques ont droit au respect de leur propriété, garantie par l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, adoptée quelques semaines plus tôt.

37 F. C. V. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduction de Ch. GUENOUX, 2^{ème} éd., Didot 1856 ; K. S ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, t. I, par H. DREYER, Ernst Mohr's Verlag, Heidelberg, 1886, § 52 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., § 52, 1839.

38 L'article 516 du Code civil dispose aujourd'hui, comme en 1804, que « tous les biens sont meubles ou immeubles ».

Introduction

particuliers, omettant volontairement les établissements publics³⁹. Mais cette disposition n'a finalement pas été adoptée. L'article 529, quant à lui, a suscité une discussion sur la nature juridique des sociétés de commerce. Pour résoudre la difficulté de la nature des parts de sociétés commerciales lorsque leur capital est composé de meubles et d'immeubles, l'alternative était simple au regard de l'article 516 : tout bien est soit meuble, soit immeuble. Lors de la discussion du projet devant le Conseil d'état, il fut d'abord proposé que les actions seraient des immeubles s'il se trouvait des biens immobiliers dans le capital de la société ; puis la solution contraire fut proposée et finalement adoptée : les actions seront des meubles par détermination de la loi⁴⁰. Treillard⁴¹ expliquait la solution par l'idée que les biens appartiennent à la société et non aux actionnaires⁴². Maleville reprend cette argumentation dans son analyse raisonnée⁴³ : « l'action ne rend que commanditaire et ne donne aucun droit à la propriété ; ainsi dans l'entreprise des ponts de Paris et dans la Banque de France la propriété est à l'être moral appelé société ; mais chaque actionnaire n'a droit qu'aux produits ». A la même époque le Code pénal interdit les associations en son article 291, faisant preuve de méfiance à l'égard de groupes à but désintéressé⁴⁴.

17 L'apport essentiel de la période révolutionnaire est bien entendu d'avoir fixé le cadre du débat relatif à la personnalité morale pour les deux siècles suivants. On peut regretter que ce cadre ait été rigide au point de ne pas permettre le développement de nouvelles théories, et de faire de la prise de position sur ce terrain une figure imposée dans la théorie du droit. L'enjeu principal était le régime de la propriété : peut-on reconnaître une forme de propriété autre que strictement individuelle ? La propriété peut-elle, en d'autres termes, reposer sur d'autres personnes que des individus ? Il est permis alors de formuler deux observations. D'une part, le caractère partiel des théories est évident, en ce qu'elles avaient vocation à ne rendre compte que d'une partie du droit ; d'autre part, un certain impérialisme de la personnalité morale semble avéré depuis cette

39 Voir MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'état*, t. II, Garnery et Laporte 1807, p. 3.

40 A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n°170.

41 *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par A. FENET, t. 11, 1827, p. 37.

42 S'ajoutait à cet argument une considération pratique : faciliter la circulation des actions.

43 MALEVILLE, *op. cit.*, t. II, Garnery et Laporte 1807, p.15.

44 Sur l'incapacité des rédacteurs du Code civil à penser le désintéressement : X. MARTIN, *L'insensibilité des codificateurs à l'altruisme*, RHD. 1982.589.

époque. L'incapacité des juristes à concevoir les rapports de propriété collective peut s'expliquer par le fait qu'ils disposent d'un instrument qui a déjà fait ses preuves : la personnalité morale. Ainsi lorsqu'il a fallu organiser de nouveaux modes de jouissance des biens, c'est naturellement vers cette institution bien connue que s'est tourné le législateur. Rien cependant n'imposait un tel choix et il faut toujours garder à l'esprit que, technique privilégiée de l'organisation des phénomènes collectifs, la personnalité morale ne saurait, *a priori*, être considérée comme la seule.

18 Le temps des controverses : le XIX^e siècle. Le XIX^e siècle a été une période de développement de ces thèmes. Les théories se sont diversifiées, mais en reprenant souvent les termes du débat révolutionnaire. Une nouveauté doctrinale marque cependant ce qui devient la controverse de la personnalité morale : l'apparition d'une discussion du même type relative à la notion de droit subjectif et le lien établi entre les deux concepts⁴⁵.

19 Un autre événement mérite d'être mentionné : l'entrée en législation de la personnalité morale. D'après Madame Simonart⁴⁶, en 1819, le code du royaume des deux Siciles aurait été le premier à employer le terme. Techniquement, l'apport peut paraître minime, mais du point de vue théorique la positivité de la notion s'en trouve nécessairement confortée. En France, le législateur est intervenu de plus en plus souvent pour statuer sur la nature juridique de ses créations, par ailleurs toujours plus nombreuses⁴⁷.

20 Les auteurs allemands ont alimenté le débat de la réalité et de la fiction. Les romanistes se sont opposés ainsi aux germanistes⁴⁸. Les pandectistes, héritiers de la tradition romaine, ont développé la théorie de la fiction, alors que les défenseurs du communautarisme germanique ont soutenu la théorie de la réalité. Savigny est resté le champion de la cause pandectiste⁴⁹. Sa théorie de la fiction a été

45 Du point de vue historique, il faut remarquer, avec B. ELIACHEVITCH, que ce lien n'est pas nécessaire et que longtemps le droit l'a négligé, puisqu'il a connu la personnalité morale à des époques qui ignoraient le droit subjectif ; B. ELIACHEVITCH, op. cit., p. 368.

46 V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant, Bruxelles 1995, n° 18

47 En France, le terme de personnalité civile a été utilisé le premier. On le trouve dans la loi municipale du 5 avril 1884, qui refuse la personnalité aux sections de communes.

48 Voir A. DUFOUR, *La théorie de la personnalité morale dans la pensée juridique allemande du XIX^e siècle*, in *Personne, société, nature, la titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, sous la direction de B. SCHMIDLIN, Ed. universitaires de Fribourg 1996, p. 75 sqq.

49 F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit de l'allemand par Ch. GUENOUX, 2^{ème} éd., Didot, t. II 1858, p. 229 sqq.

Introduction

reprise et amplifiée par ses élèves⁵⁰. Gierke reste le plus célèbre adversaire de Savigny sur le terrain de la personnalité morale⁵¹. Sa théorie de la *Genossenschaft* germanique était présentée comme l'alternative à la personnalité fictive d'inspiration romaine. Sa démarche historique a influencé les auteurs français, dont Saleilles. La question de la nature de la personnalité morale a été étudiée également par la doctrine belge⁵² qui a fourni l'un des adversaires les plus virulents de la personnalité morale dans la personne de Laurent⁵³.

21 En France, la théorie de la fiction a reçu dans un premier temps le soutien de la doctrine⁵⁴. Puis, en partie sous l'influence de la doctrine germanique, la théorie de la réalité a rallié une grande partie de la doctrine⁵⁵. Cependant, face aux excès provoqués par l'anthropomorphisme latent de la théorie de la réalité organique⁵⁶, une théorie modérée a été développée sous le nom de théorie de la réalité technique⁵⁷. Selon cette doctrine, la personnalité morale est une réalité mais une réalité juridique sans existence matérielle. Par ailleurs, en marge du débat réalité-fiction, une doctrine négatrice de la personnalité morale elle-même s'est développée⁵⁸. La théorie de l'institution peut être également située en dehors de la distinction réalité-fiction⁵⁹. Elle constitue une théorie objective de la personnalité

50 Voir notamment B. WINSCHIED, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 9^{ème} éd. par TH. KIPP, Rütten & Loening, Frankfurt an Main 1906, § 49 sqq.

51 O. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887.

52 La question n'a guère retenu l'attention de la doctrine anglaise. La théorie de la fiction semble dominer. Voir cependant Fr. POLLOCK, *Has the Common Law received the Fiction Theory of Corporations*, in *Jurisprudence and legal essays*, préf. A. L. GOODHART, MacMillan & Co Ltd., New York 1961, p. 212.

53 Voir LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. I, Bruylant Marescq 1878, n° 288.

54 La théorie a manqué de peu d'entrer dans la loi. L'article 10 du projet Waldeck-Rousseau déposé en 1899 et qui devait aboutir à la loi du 1^{er} juillet 1901, relative à la liberté d'association, disposait que « la personnalité civile est la fiction légale en vertu de laquelle une association est considérée comme constituant une personne morale distincte de la personne de ses membres, qui leur survit et en qui réside la propriété des biens de l'association » : JO. débats Sénat, séance du 6 juin 1901, p. 791.

55 Sur le débat doctrinal en France : B. TEYSSIÉ, *Droit civil. Les personnes*, 6^{ème} éd., Litec 2001, n° 481 sqq.

56 Voir BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'Etat*, Librairie Guillaumin et C^{ie} 1877, p. 17, qui attribue un sexe masculin à l'Etat et féminin à l'Eglise.

57 Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit. ; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932.

58 Voir M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 4^{ème} éd., LGDJ 1906, n° 3005 sqq. ; M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, LGDJ 1919.

59 Voir M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGD 1898.5 et 1898.119 ; *La théorie de l'institution et de la fondation*, in Cahier de la nouvelle journée, n° 4, *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud et Gay

juridique détachée de la notion de droit subjectif et fondée sur une théorie générale du droit. Si la théorie de l'institution est traditionnellement classée parmi les théories de la réalité, il n'y a aucun lien nécessaire⁶⁰. La faiblesse de cette théorie vient de son imprécision. Elle apparaît souvent davantage sociologique et sentimentale que juridique. Il reste qu'Hauriou a eu plusieurs intuitions fondamentales que l'on ne peut ignorer⁶¹. Plus récemment encore, le positivisme normativiste a réduit la personnalité morale à une synthèse d'un ensemble de normes⁶².

22 Vanité de la controverse. La vanité du débat réalité-fiction apparaît nettement aujourd'hui. La doctrine ne s'y réfère plus guère qu'à titre historique⁶³. On peut relever avec Monsieur Dupré de Boulois, que le concept de personnalité morale dégagé par les tenants de la réalité technique n'appartient plus à la science juridique actuelle⁶⁴. Dans la doctrine, la plus récente, la notion de réalité a disparu pour laisser la place à la pure technique⁶⁵. Par ailleurs, la distance qui sépare les deux courants ne doit pas être exagérée⁶⁶. Ainsi, la théorie de la réalité technique paraît très proche de la théorie de la fiction dans sa variante doctrinale⁶⁷.

23 Le débat n'a plus de raison d'être si on se place dans un cadre strictement juridique. Si le juriste s'assigne comme seule tâche l'étude de la réalité juridique, « tout au plus peut-on se demander, avec Michoud et Gény par exemple, si [la théorie] satisfait aux lois essentielles d'une bonne construction juridique, et notamment si elle répond de façon suffisamment adéquate aux réalités concrètes qu'elle est simplement censée traduire juridiquement »⁶⁸. Il est permis, par ailleurs, de soutenir que le recours à la fiction ne se justifie plus dans la mesure où la notion de sujet de droit s'est modifiée⁶⁹. Bien souvent,

1925.

60 Voir V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, op. cit., n° 542.

61 Il s'agit notamment de la notion d'acte complexe, de la distinction de la personnalité morale et de la personnalité juridique.

62 Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction de la 2^{nde} éd. par Ch. EISENMAN, Dalloz, 1962, p. 251 sqq.

63 Voir X. DUPRÉ DE BOULOIS, *La puissance privée. Contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatérale*, thèse dactyl., Paris II 2000, p. 204.

64 En ce sens : X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 206.

65 Voir par exemple J. PAILLUSSEAU, *Le Droit moderne de la personnalité morale*, RTDCiv. 1993.705.

66 Voir X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 204.

67 La théorie de la fiction doctrinale soutient que la personnalité morale n'existe pas réellement mais est seulement une formule doctrinale parfois utile. Savigny, notamment, peut être rattaché à ce courant.

68 A. PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personnalité morale et volonté*, Droits 1999, n° 28, *La volonté*, p. 17.

69 Voir A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse dactyl., Paris II 1995, n° 436.

enfin, le recours à la fiction peut être évité par une analyse plus fine du droit⁷⁰. Une nouvelle étude de la personnalité morale semble non seulement possible mais souhaitable, dès lors que l'on refuse le paradigme de la réalité et de la fiction pour adopter une démarche strictement juridique.

24 La vanité de la controverse apparaît aussi sur le terrain pratique. En effet, « aucune des théories différentes développées pour rendre compte de la nature des personnes juridiques n'a, en elle-même, de conséquences quelconques pour le droit positif »⁷¹. On aura l'occasion de constater que les solutions apportées à la question de la nationalité des personnes morales ou à celle de la nature du principe de spécialité ne dépendent pas d'un choix pour l'une ou l'autre théorie. L'admission en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales implique également une remise en cause de la théorie traditionnelle de la personnalité morale. Selon Madame Cartier, cette modification du droit pénal français doit conduire à une révision de la théorie de la personnalité morale⁷². Il n'est plus possible de se contenter d'une théorie utilitaire et fonctionnelle. La question de la volonté délictueuse notamment doit être élucidée afin de conserver la cohérence du droit et d'éviter les écueils de l'anthropomorphisme. La théorie de la personnalité morale reste donc manifestement utile, voire nécessaire.

25 A l'aide de l'histoire, il a été possible d'identifier les difficultés auxquelles se trouve nécessairement confrontée toute réflexion relative à la personnalité morale. Il faut à présent dégager l'intérêt d'une nouvelle recherche sur ce thème puis exposer la méthode retenue pour mener à bien cette étude.

2) De l'intérêt d'un retour sur la personnalité morale

26 La personnalité morale est au centre d'une multitude de débats⁷³. Cela explique que son étude relève le plus souvent de la théorie générale du droit. Il est possible, cependant, d'adopter de nombreux points de vue pour étudier la personnalité morale. Monsieur

70 Voir G. WICKER, *Les fictions juridiques*, thèse précitée, n° 1 sqq. et n° 170 sqq.

71 E. ROGUIN, *La science juridique pure*, t. 2nd, LGDJ-Librairie Rouge & C^{ie}, Paris-Lausanne 1923, n° 698.

72 M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ?*, article précité, spéc. p. 37. Voir également C. MAURO, *La responsabilité pénale des personnes morales dans l'espace international*, thèse dactyl., Paris II 1999, n° 79 sqq.

73 Voir M. VIRALLY, *La pensée juridique*, collection les introuvables, éd. Panthéon-Assas 1998 (première édition 1960), p. 128, selon qui la personnalité morale est peut-être l'une des notions les plus controversées.

Introduction

Wicker a choisi, dans sa thèse sur les fictions⁷⁴, la théorie de l'acte juridique comme champ d'étude. Une approche de théorie générale présente, tout de même, deux avantages. Le premier est de mettre en évidence la nécessité d'une réflexion méthodologique préalable à l'étude d'un tel sujet. Le second est d'échapper à la tentation de l'anthropomorphisme que peuvent faire apparaître des analogies trompeuses : il ne faut pas prendre de simples analogies pour des identités.

27 L'ensemble du droit de la personnalité morale et de sa théorie sera abordé. Il s'agit d'une recherche de droit privé qui recourra à l'analyse de différentes branches du droit privé : droit civil, droit commercial et droit du travail, droit substantiel, droit processuel et droit international privé. Seront en revanche écartées les diverses branches du droit public, auxquels Monsieur Linditch a récemment consacré sa thèse⁷⁵. En outre, notre étude porte sur le droit français et non sur le droit comparé. L'œuvre magistrale de Madame Simonart fait référence en la matière⁷⁶. La doctrine étrangère sera en revanche utile sur plusieurs points. Enfin, il ne peut s'agir d'une étude exhaustive de tous les aspects de la personnalité morale : sera ici exposé le résultat d'une recherche qui ne prétend pas constituer un traité de la personnalité morale. En particulier, il ne sera pas question de suivre la personne morale de sa naissance à sa mort, ni de faire apparaître une notion pour en définir le régime. Ces questions seront abordées, bien entendu, dès lors qu'elles paraissent engager la théorie de la personnalité morale. La recherche ne sera cependant pas chronologique, ni thématique, mais transversale.

28 La présente thèse sera consacrée à la recherche d'une théorie de la personnalité morale qui, fondée sur le droit positif, en fasse apparaître la cohérence. Cette recherche permettra de formuler une définition de la personnalité morale et de fournir des réponses aux principales questions théoriques et pratiques de la matière. L'affirmation de principes rigides que la doctrine refuse d'abandonner alors même qu'ils sont remis en cause par un nombre croissant d'exceptions compromet la théorie elle-même. Or une théorie est non seulement un cadre utile pour la réflexion abstraite mais souvent aussi un guide pour la recherche des solutions les plus justes. L'abandon de toute recherche fondamentale en la matière n'est guère satisfaisant du point de vue théorique mais présente en outre des risques pratiques.

74 G. WICKER, *Les fictions juridiques*, thèse précitée, spéc. n° 170 sqq.

75 F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit public*, préf. J.-A. MAZÈRES, Bibl. dr. Pub. n°176, LGDJ 1997.

76 V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, op. cit.

C'est dire également combien une nouvelle recherche sur la personnalité morale en droit privé présente, outre des intérêts théoriques, de nombreux intérêts pratiques.

29 **Intérêts théoriques.** L'intérêt théorique propre de l'étude entreprise tient à une réévaluation des positions de la doctrine classique⁷⁷. Elles sont le plus souvent fondées sur une certaine conception de l'intérêt de la personne morale et des rapports de la personne morale avec ses membres. Cette approche conduit à formuler un certain nombre de questions fondamentales. Les premières concernent la notion d'intérêt de la personne morale. Cette notion a été au cœur des débats doctrinaux⁷⁸. Elle est apparue comme l'une des notions clés de la matière dont l'étude préalable est nécessaire. Qu'est-ce que l'intérêt de la personne morale ? Quels sont les rapports qu'il entretient avec celui des membres ? Voici quelques-unes des questions essentielles auxquelles il faudra répondre si l'on espère formuler une théorie juridique cohérente de la personnalité morale. Les réponses apportées à ces questions nous guideront dans la recherche d'une définition de la personnalité morale.

30 L'apparition de nouvelles espèces d'entités personnifiées nécessite une extension du champ de l'étude. Cette diversification est un phénomène particulièrement marquant de la fin du XX^e siècle⁷⁹. Au XIX^e siècle, la société donnait l'essentiel de la matière positive et l'association était l'objet de controverses politiques. Aujourd'hui, la société est devenue un genre qui recouvre de nombreuses espèces. La variété des espèces emporte-t-elle alors variabilité de la personnalité morale ? Le concept de personnalité morale est-il unitaire ou bien existe-t-il autant de personnalités morales que personnes morales ?

31 Face à la diversification des espèces de personnes morales, il était tentant de renoncer à toute généralité. Il ne faudrait plus parler d'une personnalité morale mais distinguer selon le type de société ou d'institution⁸⁰. Ce simple constat ne conduit cependant pas nécessairement à un tel renoncement. Au contraire, il est nécessaire

77 Le terme *doctrine classique* recouvre ici aussi bien les théories de la réalité que celles de la fiction.

78 Voir notamment R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 592 sqq. ; M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, LGDJ 1919, n° 223 ; Civ., II 28 janvier 1954, JCP. 1954, II, 7978, concl. LEMOINE ; D. 1954.217, note LEVASSEUR.

79 Groupement d'intérêt économique, fondation d'entreprise, comité d'établissement etc. pour ne citer que des exemples dont la personnification est indiscutée.

80 En ce sens : A. BÜRGE, *La personne morale : la pensée juridique française du XIX^e siècle*, in *Personne, société, nature, la titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, sous la direction de B. SCHMIDLIN, Ed. universitaires de Fribourg, 1996, p. 59 sqq. spéc. p. 72.

Introduction

d'intégrer ces données nouvelles à la construction d'un modèle cohérent et élargi du concept de personnalité morale. La nouveauté de nombreuses règles justifie par conséquent que soit entreprise une nouvelle recherche en la matière. La théorie de la personnalité morale variable par laquelle on tente de répondre à ces questions devra être discutée avant de voir s'il est possible de formuler une proposition qui fasse apparaître la cohérence de la théorie de la personnalité morale.

32 La question de la transparence pose également des problèmes fondamentaux. L'existence de la personnalité morale semble parfois niée dans des institutions où elle est cependant en principe clairement affirmée. Deux exemples illustrent ces tentatives de remise en cause de la personnalité morale.

33 La responsabilité des membres d'un groupement sera le premier exemple des prétentions de remise en cause de la personnalité morale. La société anonyme (SA) et la société en nom collectif (SNC) sont deux espèces de sociétés connues du droit commercial. Mais, alors que dans la première la responsabilité des associés est limitée, elle est illimitée dans la seconde : il y a, dit-on, transparence de la SNC. Il est possible d'estimer que ce caractère constitue une exception à la personnalité reconnue aux sociétés commerciales⁸¹, sans expliquer les raisons d'une telle exception. Une autre voie revient à considérer le concept étudié comme recouvrant une réalité diverse : la personnalité des sociétés serait variable ou relative⁸². Cependant l'explication reste un peu courte car aucun critère n'est donné, aucune justification n'est avancée. Cela a pu être négligé dans l'exemple donné ici, en raison de l'intervention législative qui a réglé le problème en droit positif. Il n'est pas inutile de rechercher un principe de cohérence, dans la mesure où la question de la responsabilité limitée ne fait pas toujours l'objet d'une disposition légale, notamment en droit des associations. La démarche contraire conduirait à renoncer à toute théorie, ce qui est critiquable : il est possible d'abandonner une théorie qui ne donne pas satisfaction, mais il n'est pas souhaitable de nier pour autant la possibilité de toute théorie.

81 Voir C. JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, JCP. 1967, I, 2065, spéc. n° 4 ; P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le Droit privé au milieu du XX^e siècle*, t. I, LGDJ 1950, p. 138, spéc. n° 12.

82 J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. de J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. priv. n° 149, LGDJ 1977, n° 82. Les deux termes ne sont pas cependant pas synonymes.

34 L'action *ut singuli* fournit un autre exemple des incertitudes des analyses de la doctrine classique et des tentatives récentes de remise en cause de la personnalité morale. Pendant un temps, elle a été vue comme une exception à la personnalité morale du groupement dont un membre est autorisé à exercer une action sociale⁸³. Il semble qu'aujourd'hui elle soit considérée comme une manifestation de cette personnalité même ; le débat relatif à son admission dans le droit des entreprises en difficulté est révélateur de ce changement⁸⁴. Ici encore, ni explication, ni critère ne viennent soutenir les positions de la doctrine. Une théorie juridique de la personnalité morale doit pouvoir éclairer cette question. Elle devra en particulier permettre de décider si l'action *ut singuli* est, ou non, une exception à la personnalité morale.

35 Il est permis de maintenir la théorie classique en soutenant que ces deux exemples sont des exceptions à la personnalité morale. Il faut cependant s'entendre sur la signification des exceptions dans la science du droit. Selon une première interprétation, face à un fait qui ne correspond pas à la vision du monde qu'une science a élaborée, il est possible d'avancer une hypothèse *ad hoc*, c'est-à-dire « une hypothèse de circonstance avancée pour expliquer un phénomène unique dont l'interprétation est épineuse »⁸⁵. Elle est arbitraire et risque de diminuer le caractère scientifique de la théorie qu'elle étaye. Elaborée afin d'expliquer un fait donné, elle est le plus souvent irréfutable. Cela constitue d'après Karl Popper un vice fondamental pour une théorie qui aspire à la scientificité⁸⁶. Il faudra donc autant que possible éviter le recours à des hypothèses *ad hoc*.

36 Une position plus réaliste consiste à procéder à une révision des principes classiques dès lors que les exceptions deviennent trop nombreuses. Bruno Oppetit a démonté avec lucidité dans sa thèse la logique intenable de la doctrine classique⁸⁷. Alors que le principe de séparation a fait l'objet d'une affirmation sans cesse plus stricte, les exceptions à ce principe se sont également développées. Sa thèse a laissé la théorie de la personnalité morale désolée ; à tel point que sa lecture achevée, la question de la possibilité d'une construction

83 Voir G. CHESNÉ, *L'exercice ut singuli de l'action sociale dans la société anonyme*, RTDCom. 1962.347, n° 9. Voir ci-dessous, n° 971 sqq.

84 Voir Com., 3 juin 1997 : JCP. E 1997, II, 988, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; D. Affaire. 1997.833 ; JCP. G 1998, I, 111, n°15, obs. M. CABRILLAC ; D. 1997.517, note F. DERRIDA.

85 B. JAROSSON, *Invitation à la philosophie des sciences*, Le seuil 1992, p. 84.

86 K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique, Payot 1973, p. 76.

87 B. OPPETIT, *op. cit.*, passim.

cohérente se pose à nouveau avec plus d'acuité. Elle impose une révision des principes de la théorie classique de la personnalité morale au regard du droit positif sans prise de position métaphysique. Une certaine forme de rigueur théorique est nécessaire afin de fournir un guide fiable pour la recherche de solutions pratiques.

37 **Intérêts pratiques.** Les intérêts pratiques d'une nouvelle recherche sur la théorie de la personnalité morale sont également nombreux. L'évolution de la matière a fait apparaître de nouvelles questions dont l'importance pratique est parfois considérable.

38 Traditionnellement, la première question qui se présente est celle de la reconnaissance de la personnalité morale. Cependant cette question présente moins d'intérêt aujourd'hui que par le passé malgré quelques incertitudes qui subsistent parfois.

39 En effet, la diversification des personnes morales a été l'œuvre du législateur qui a choisi récemment de se prononcer par voie de dispositions expresses sur la personnalité de ses créations. Une forte proportion de textes organisant de nouvelles institutions comprend une disposition relative à la personnalité juridique, le plus souvent pour l'accorder⁸⁸, mais aussi pour la refuser⁸⁹. Cependant le législateur est parfois resté étrangement silencieux. Sans revenir sur quelques cas devenus classiques comme celui de la famille, il est des hypothèses récentes qui amènent le juriste à se poser la question de la personnalité juridique. Le problème a été résolu par la jurisprudence qui a reconnu la personnalité morale au comité d'hygiène et de sécurité et au comité de groupe⁹⁰. Il reste entier, en revanche, en droit maritime pour la groupement de quirataires et le fonds commun de quirats. La question de l'attribution de la personnalité à de tels groupements ne pourra être décidée que si l'on dispose d'un concept opérationnel. La multiplication des espèces rend plus utile que jamais la définition du genre.

40 Plus fréquemment, des questions apparaissent quant au régime des personnes morales reconnues par le droit positif. La définition de l'intérêt de la personne morale, par exemple, conditionne les moyens de sa protection. En droit des sociétés, la conception que l'on adopte de l'intérêt social, intérêt des actionnaires ou intérêt de

88 Article 14 de la loi 65-557 du 10 juillet 1965, relative à la copropriété des immeubles bâtis, par exemple.

89 Article L. 214-20 du Code monétaire et financier, relatif aux fonds communs de placement, par exemple.

90 Soc., 23 janvier 1990, JCP. 1990, II, 21529, note NÉVOT (comité de groupe) ; Soc., 17 avril 1991, JCP. E 1991, II, 229, note H. BLAISE.

l'entreprise, rejait nécessairement sur la pratique de l'abus de majorité et de l'abus de biens sociaux.

41 La personnalité morale a également de nombreuses conséquences sur le terrain processuel. La recevabilité des actions de la personne morale dépend étroitement de la théorie que l'on adopte. La question de l'action *ut singuli* présente un intérêt pratique certain, mais dont les incertitudes quant à son domaine, en particulier en dehors du droit des sociétés, entravent le développement. On ne pourra réellement mesurer la portée de cette action qu'au moyen d'une théorie juridique de la personnalité morale. Ces questions font également apparaître l'importance de la notion d'intérêt tant d'un point de vue théorique que d'un point de vue pratique.

42 La pratique de la personnalité morale a aussi fait émerger récemment des questions nouvelles. Le recours à des sociétés dites de façade ou le droit des groupes de sociétés impose une mise à l'épreuve des principes traditionnels de la personnalité morale. Ainsi s'interroge-t-on sur la possibilité pour le créancier d'une filiale de poursuivre en paiement la société-mère. L'influence d'une procédure collective vient parfois rendre la question plus complexe encore. Une partie de la doctrine pense pouvoir écarter dans ces situations le voile de la personnalité morale⁹¹. Cette opinion n'est pas sans conséquence pratique et théorique. Pratiquement, elle impose à cette doctrine de fournir les critères de levée du voile social. Or, il n'est pas sûr qu'elle y parvienne. La théorie de la levée du voile social invite à s'interroger sur les phénomènes dits de transparence et à formuler des propositions de technique juridique afin de trouver une solution juste et en cohérence avec l'ensemble de la matière. Cette voie est cependant difficile, car les grands auteurs du début du XX^e siècle n'ont pas traité la question. En effet, celle-ci ne s'est posée que récemment : ni Saleilles, ni Michoud n'ont été confrontés aux théories de la levée du voile social, ni aux phénomènes de transparence. La nouveauté et la gravité de la remise en cause de la personnalité morale justifient une nouvelle étude de la théorie de la personnalité morale.

43 Des intérêts essentiellement idéologiques étaient engagés dans le débat au tournant du XX^e siècle. La question de la liberté d'association notamment a illustré les enjeux sociaux et politiques liés à la reconnaissance de corps intermédiaires. Ces éléments ont disparu à la suite d'interventions législatives⁹². Dans ces conditions nouvelles,

91 Voir I.M. WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, Columbia LR 1912.496.

92 La loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association a attribué aux associations déclarées la capacité civile. Les lois relatives aux sociétés civiles et

la doctrine ne peut plus aussi facilement qu'avant verser dans son travers traditionnel : la métaphysique. Une nouvelle étude juridique de la personnalité morale se justifie davantage aujourd'hui qu'hier dans la mesure où son utilité pratique devient plus manifeste. Au-delà de la personnification de certaines entités, le régime de la personnalité morale peut être mis en question. La reconnaissance de techniques de séparation et de techniques de transparence acquiert de ce fait une dimension pratique que ne doit pas cacher la difficulté théorique de la matière.

3) La méthode retenue

44 **L'objectif de cohérence.** Malgré ses ambiguïtés, l'objectif de cohérence semble être légitime. La cohérence doit être poursuivie car elle est la première condition de tout système théorique qui prétend être scientifique⁹³. En droit français, la mise en cohérence du droit ne nécessite aucun bouleversement mais seulement une nouvelle interprétation du droit positif. Une nouvelle interprétation de la personnalité morale en modifiera le visage, qui sera plus conforme au droit tel qu'il est, au droit positif. Ce caractère positif est un grand avantage pour le concept de personnalité morale par rapport à ses concurrents souvent purement doctrinaux, tels que le patrimoine d'affectation et la propriété collective.

4) Terminologie et annonce du plan

45 Les premières précisions concerneront la terminologie employée pour désigner les entités personnifiées. Avant de présenter le plan suivi dans l'exposé du résultat de notre recherche.

46 Le mot français *personne* dérive du latin *persona*, lui-même dérivé d'un terme étrusque qui désignait le masque de théâtre ; *persona* est le substantif correspondant au verbe *persono*, résonner, retentir à travers⁹⁴. La première utilisation du terme en français remonte au XII^e siècle. Par extension, il a désigné l'homme dans son activité, en tant qu'il remplit une fonction⁹⁵, mais aussi Dieu, trois personnes en un même Dieu⁹⁶. Le concept de personne a une double

commerciales de 1966 et 1978 ont tranché également le problème de la personnalité.

93 K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot, Payot 1973.

94 L. SILANCE, *La personne juridique, réalité ou fiction ?*, n°2, in *Présomption et fictions en droit*, Travaux du CNRL, p. 278, publiés par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant Bruxelles 1974.

95 Ibid.

96 THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, I, Q.29, art. 1 et I, Q.30, CERF, 1990.

origine, l'une stoïcienne (influencée par le sens juridique) et l'autre théologique⁹⁷.

47 Faut-il qualifier la personne de morale ? civile ? juridique ? complexe ? collective ? réelle ? fictive ? de sujet de droit collectif ? Les cinq dernières possibilités peuvent être écartées sans difficulté. Elles présentent l'avantage mais aussi l'inconvénient d'être purement doctrinales. L'avantage consisterait en une manifestation claire de la nature de construit du concept. L'inconvénient serait de s'éloigner de la terminologie employée par le législateur et la jurisprudence ; pourquoi chercher des termes générateurs d'ambiguïté alors que le juriste a, à sa disposition, les termes du droit positif ? Spécialement, quant aux qualificatifs de fictif et de réel, ils doivent être écartés car, dénués de toute positivité, ils préjugent de l'issue d'un débat dont on ne peut que reconnaître la vanité.

48 Restent alors personne civile, personne juridique et personne morale. *Personne morale* comme *personne juridique* ne sont pas des expressions du langage courant. Les dictionnaires ordinaires ne désignent dans les premiers sens du mot *personne* que l'individu de l'espèce humaine⁹⁸. La désignation juridique d'un individu d'une autre espèce qu'humaine est faite sous le terme de personne morale⁹⁹. Le non juriste ignore le plus souvent le sens que recouvre cette expression¹⁰⁰ ; celle de *personne juridique* lui indique le champ dans lequel il doit chercher, mais ne le mène guère plus souvent à une juste compréhension du terme. Si une telle situation peut sembler préjudiciable à une parfaite connaissance du droit par les justiciables, elle est au contraire avantageuse pour la discipline qui dispose d'une terminologie précise et qui lui est propre, sans risque de contagion par proximité avec un sens commun répandu.

49 La personnalité morale n'est pas propre au droit ; l'expression est employée en philosophie mais dans un sens différent. Dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, on trouve cette définition de la personne morale : « être individuel en tant qu'il possède les caractères qui lui permettent de participer à la société intellectuelle et morale des esprits : conscience de soi, raison c'est-à-dire capacité de distinguer le vrai et le faux, le bien et le mal, capacité de se déterminer par des motifs dont il puisse justifier la valeur devant

⁹⁷ *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, par A. LALANDE, v° Personne.

⁹⁸ *Le Petit Robert*, V° Personne ; *Trésor de la langue française*, eod. V°, t. XIII, éd. CNRS 1983.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Il est même souvent induit en erreur par le qualificatif de *morale*.

Introduction

d'autres êtres raisonnables »¹⁰¹. La personne juridique désigne l'« être qui possède des droits ou des devoirs déterminés par la loi » sans distinguer les individus humains des autres. L'emploi du qualificatif moral semble soigneusement évité pour ne pas prêter à confusion avec le sens technique propre à la philosophie qui ne peut s'appliquer aux entités juridiques non humaines.

50 Au sens proprement juridique du terme, le vocabulaire de l'association Capitant ne donne de définition spécifique qu'à la personnalité morale : « la personnalité juridique des personnes morales », semblant faire de la personnalité morale une espèce du genre personnalité juridique. Celle-ci étant présentée comme synonyme de personnalité (sans qualificatif).

51 Avant d'opter pour une terminologie, examinons brièvement les emplois des différents termes dans les textes de lois et en jurisprudence. L'article 1842 du Code civil vise la personnalité morale dont jouit la société dès son immatriculation. Les termes *personnalité morale* et *personne morale* se retrouvent également à l'article L. 210-6 du Code de commerce (société commerciale), à l'article L. 251-4 du même Code (groupement d'intérêt économique), aux articles 18 et 18-2 de la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (fondation), à l'article L. 211-2 du Code monétaire et financier qui définit la notion de valeur mobilière, et aux articles L. 214-20 et L. 214-43 du Code monétaire et financier qui disposent que les fonds communs de placement et de créances n'ont pas la personnalité morale.

52 Quant à la *personnalité civile*, le syndicat de copropriétaire en est doté par l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965. Elle est reconnue aussi par l'article L. 226-46 du Code de commerce à la masse des obligataires, et par l'article 21 de la loi du 31 décembre 1971 aux ordres d'avocats. Enfin la *personnalité juridique* est l'attribut du comité d'entreprise (article L. 431-6 du Code du travail).

53 La personnalité n'est pas toujours expressément visée par les textes. Ainsi en matière d'association, la loi du 1^{er} juillet 1901 ne vise que l'acquisition de la capacité juridique, et la loi du 21 juin 1865 relative aux associations syndicales ne fait qu'énumérer en son article 3 les prérogatives dont jouissent les associations syndicales libres qui ont satisfait à la formalité de la publicité prévue à l'article 6 de la loi.

¹⁰¹ *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, par A. LALANDE, V^o *Personne morale*.

Introduction

Cela peut créer des difficultés comme par exemple en matière de société de quirataires ou de fonds commun de quirats¹⁰².

54 La jurisprudence a utilisé une palette de termes plus large encore. Au cours du XIX^e siècle elle a employé *individualité collective*¹⁰³ et *êtres moraux*¹⁰⁴ pour qualifier les sociétés civiles. Plus récemment le comité d'établissement a été revêtu de la *personnalité civile*¹⁰⁵, de même que le comité de groupe¹⁰⁶ et le comité d'hygiène et de sécurité¹⁰⁷ alors que la masse formée par les créanciers d'un débiteur soumis à une procédure collective était une *personne morale*¹⁰⁸.

55 Quelle terminologie choisir ? Ne peut-on avancer l'hypothèse que personnalité juridique, personnalité morale et personnalité civile sont trois notions différentes ? L'hypothèse de la synonymie entre les deux derniers termes¹⁰⁹ paraît préférable. Le vocabulaire du législateur a parfois varié dans le temps sans que cela ait entraîné de modification sur le fond¹¹⁰. Si la jurisprudence utilise souvent un vocabulaire puisé dans la loi¹¹¹, il arrive qu'elle emploie une expression à la place d'une autre. Ainsi dans l'affaire Saupiquet-Cassegrain¹¹², la Cour de cassation a employé l'expression *personnalité juridique* là où les textes visent la personnalité morale. La jurisprudence vise parfois la seule personnalité sans la qualifier¹¹³. Une distinction telle que celle que l'on vient d'envisager conduirait à des différences de régimes significatives. Par exemple un comité d'entreprise pourrait être soustrait à l'empire des articles L. 620-1 et suivants du Code de commerce relatifs au traitement des entreprises en difficultés au seul motif que l'article L. 620-2 ne vise que les personnes morales. Un tel résultat est manifestement inadmissible.

56 Le terme de *personnalité juridique* est trop ambigu car pouvant s'appliquer également aux personnes physiques. La présente étude ne porte à aucun moment sur cette notion et s'en éloigne même

102 Voir ci-dessous, n° 831.

103 Req., 23 février 1891, S. 1892.1.73, note MEYNIAL, D. 1891.1.331.

104 Req., 2 mars 1892, S. 1892.1.497, note MEYNIAL.

105 Civ., II 28 janvier 1954, JCP. 1954, II, 7978, conclusions LEMOINE ; D. 1954.217, note LEVASSEUR.

106 Soc., 23 janvier 1990, JCP. 1990, II, 21529, note NÉVOT.

107 Soc., 17 avril 1991, RS 1992.53.

108 Civ., 17 janvier 1956, D. 1956, note HOUIN ; JCP. 1956, II, 9601, note GRANGER.

109 *Personnalité civile et personnalité morale*.

110 L'ordonnance du 7 janvier 1959 qualifiait de *personne juridique* la société.

111 Paris, 20 octobre 1998, D. Affaire 1999.84, note V. A.-R.

112 Com., 21 janvier 1970, Bull. Civ. IV, 28 ; JCP. 1971, II, 16541, note B. OPPETIT.

113 Civ. II, 25 février 1998, JCP. 1998, II, 10114, note E. DU RUSQUEC.

beaucoup¹¹⁴. *Personnalité civile* sera inadaptée aux hypothèses où les entités seront de nature commerciale. Traiter de la personnalité civile de la société anonyme est source de confusions. L'expression *personnalité morale* est plus juste pour désigner les institutions appelées à être agents actifs, autrement dit des sujets de droit qui ne sont pas des particuliers¹¹⁵.

57 **L'intérêt et la personnalité morale.** Il est habituel en matière de personnalité morale de rencontrer la notion d'intérêt, ainsi qu'on a pu le constater au cours des développements précédents. Cette notion est traditionnellement au centre des controverses relatives au concept de personnalité morale. Les questions tant de l'existence que des caractères de la notion d'intérêt ont retenu l'attention des auteurs qui se sont engagés dans le débat¹¹⁶. L'existence de l'intérêt de la personne morale peut être discutée car la notion ne présente pas toujours les qualités de clarté et de précision nécessaire à sa reconnaissance.

58 La notion d'intérêt de la personne morale n'est pas uniquement doctrinale. Son étude dans ses rapports avec le concept de la personnalité morale s'impose lorsque l'on considère les domaines dans lesquelles la notion d'intérêt est impliquée. Qu'il s'agisse de la notion d'intérêt social dans la jurisprudence relative à l'abus de majorité ou de la notion d'intérêt collectif dans la jurisprudence relative à la recevabilité de l'action en justice des associations, la conception de la personnalité que l'on retient ne peut être indifférente¹¹⁷. Inversement, les solutions adoptées dans la pratique ont nécessairement une influence sur la théorie de la personnalité morale appelée à en rendre compte. Une réflexion théorique sur la personnalité morale ne peut donc faire l'économie d'une étude de la notion d'intérêt.

59 Les caractères de l'intérêt sont cependant incertains. Peut-on traiter de l'intérêt collectif alors qu'il existe des personnes morales unipersonnelles voire sans membre¹¹⁸ ? Par ailleurs, il conviendra d'expliquer quels sont les liens entre l'intérêt de la personne morale et

114 Les seules références qui seront faites à la personnalité physique permettront de mesurer cet éloignement. Il faut prendre garde à l'anthropomorphisme qui guette toute théorie de la personnalité morale.

115 Pour reprendre la périphrase de l'article 619 du Code civil relatif à l'usufruit des personnes morales.

116 Voir spéc.R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 592 sqq.

117 Voir Civ., II 28 janvier 1954, JCP. 1954, II, 7978, conclusions LEMOINE ; D. 1954.217, note LEVASSEUR.

118 L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée comprend un membre unique. Les fondations, quant à elles, n'ont aucun membre.

Introduction

l'intérêt des individus et notamment de ses membres. La recherche d'une théorie cohérente de la personnalité morale passe donc par une recherche de la notion d'intérêt en droit positif. Ces questions devront être étudiées au moyen de la méthode positiviste exposée afin de fournir une définition de l'intérêt élaborée au regard du droit positif de la personnalité morale.

60 Ce ne sera qu'ensuite que l'on pourra tenter de formuler les éléments d'une théorie juridique cohérente de la personnalité morale. La conception de l'intérêt qui se dégagera de l'étude du droit positif servira de guide dans cette recherche. Une définition du concept apparaîtra peut-être qui fournira des réponses aux nombreuses questions, tant théoriques que pratiques, que soulève la personnalité morale.

61 Il est donc impossible de faire l'économie d'une réflexion approfondie sur l'intérêt dans le droit de la personnalité morale. Ainsi, après avoir étudié la notion d'intérêt telle qu'elle apparaît dans le droit positif de la personnalité morale (première partie), il faudra tenter de reconstruire le concept de la personnalité morale à partir de la notion d'intérêt retenue (deuxième partie).

Première partie Le droit positif de la personnalité morale et la notion d'intérêt

62 Dans la recherche des conditions d'existence d'une théorie juridique de la personnalité morale il est souhaitable de préserver le cadre théorique familial à la doctrine. La notion d'intérêt est un élément essentiel du discours doctrinal. Il n'est pas évident *a priori* que sa conservation soit nécessaire à la construction d'une théorie réellement juridique de la personnalité morale tant les conceptions qui en ont été proposées divergent d'un auteur à l'autre. On ne pourra l'accueillir définitivement qu'après l'avoir mise en question. Les difficultés sont nombreuses et cela justifie que la reconstruction de la notion telle qu'elle se manifeste dans le droit de la personnalité morale occupe d'importants développements dans un premier temps. C'est l'existence même de l'intérêt comme notion juridique qui peut paraître incertaine. Si l'on veut construire une théorie juridique à partir d'une notion il faut qu'elle soit elle-même juridique, or ce caractère est souvent refusé à l'intérêt¹¹⁹. Quand bien même cette première épreuve serait passée avec succès, il faudrait encore établir qu'aucune notion ne s'y substitue avantageusement, soit en raison de son caractère positif plus marqué soit en raison d'une conception doctrinale plus simple ou plus claire.

63 Il restera encore après cela à apporter des éléments de solution d'une énigme célèbre du droit de la personnalité morale : la distinction des intérêts (Titre I). L'intérêt propre d'une personne morale est-il celui de ses membres, lorsqu'ils existent, celui de ses organes ou celui du corps social tout entier ? Cette question est résolue traditionnellement par des prises de positions théoriques qui découlent de conceptions métajuridiques *a priori*. La plus répandue est celle qui tient à la transcendance de l'intérêt de la personne morale. Cette voie semble sans issue et ne permet pas d'atteindre la cohérence que l'on recherche dans le droit positif. Il convient au contraire de soutenir une autre opinion : celle de l'immanence de l'intérêt de la personne morale (Titre II). Elle apparaîtra bien plus satisfaisante et permettra par la suite une présentation plus cohérente du droit positif.

119 Voir E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, n° 283.

Titre I L'intérêt propre d'une personne morale

64 La spécificité de la notion d'intérêt telle qu'elle se manifeste dans le droit positif de la personnalité morale se présente sous un double aspect. Le premier aspect relève de la théorie générale du droit : c'est l'autonomie de la notion juridique d'intérêt qu'il s'agit de faire apparaître. Le second relève de la théorie de la personnalité morale et conduit à distinguer l'intérêt de la personne morale des autres intérêts que l'on rencontre dans le droit positif et dans le discours juridique¹²⁰.

65 Le cœur de la matière doit être approché avec précaution par l'étude, d'une part, du caractère juridique de la notion d'intérêt (chapitre I), afin de fournir, d'autre part, des éléments de réponse à une question traditionnelle mais toujours discutée : celle de la distinction des intérêts (chapitre II).

120 Et heureusement souvent dans les deux.

Chapitre I Un intérêt juridique

66 L'existence d'une notion juridique d'intérêt a souvent été affirmée sans démonstration. Les définitions *a priori* dont elle a fait l'objet ont permis à ses ennemis de l'écartier sans aucune forme de procès. Affirmée *a priori*, la notion d'intérêt, pouvait être niée de la même manière. L'insuffisance des analyses traditionnelles a conduit à une négation sinon de son caractère juridique du moins de son caractère positif. Aussi apparaît-il nécessaire non seulement d'établir l'existence d'une notion juridique d'intérêt dans le droit positif (section I), mais également de la situer par rapport à d'autres notions que leur caractère positif certain ou leur précision doctrinale, pourrait menacer (section II). Nous nous rapprocherons du vif du sujet en cheminant d'abord sur les terres de la théorie générale du droit, puis sur celles du droit des obligations, avant de nous arrêter pour le reste de l'étude sur celles du droit des organisations.

Section I La notion d'intérêt

67 Le point faible de la plupart des théories de la personnalité morale est la notion même d'intérêt. Quelle soit invoquée ou critiquée, elle est rarement définie. Il est vrai qu'il s'agit d'une opération périlleuse en raison de l'indétermination qui caractérise la notion. L'argumentation est cependant nécessairement affaiblie par l'absence de toute définition¹²¹. La principale difficulté est relative au particularisme de la notion d'intérêt : il s'agit d'une notion à contenu variable dont l'indétermination est un trait caractéristique.

§1 Caractère juridique de l'intérêt

68 **Reconnaissance.** Tout intérêt ne peut être considéré comme juridique¹²². Selon André Gervais quatre types de relations entre l'intérêt et le droit sont envisageables¹²³ : la condamnation, l'indifférence, la simple reconnaissance et la consécration. Lorsqu'il est contraire au droit ou lorsque celui-ci lui reste insensible, il est évident que l'intérêt ne nous retiendra pas : il ne pourra pas être qualifié de juridique. La consécration quant à elle n'est pas nécessaire pour caractériser l'intérêt juridique. Seule se pose en définitive la question de sa reconnaissance par le droit objectif. Le problème se

121 Voir G. BRAIVE, *L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt, aspects critiques et sémantiques*, in *Droit et intérêt*, Vol. I, *Approche interdisciplinaire*, sous la direction de M. VAN DE KERCHOVE, Fr. OST et de Ph. GÉRARD, Facultés universitaires de Saint Louis Bruxelles 1990, p. 25.

122 Voir F. OST, Ph. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE, *Droit et intérêt*, Vol.1, op. cit., p. 10 sq.

123 A. GERVAIS, *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey 1961, p. 241.

dédouble en réalité. Du point de vue du droit positif, la recherche portera sur l'existence d'un opérateur de juridicité de la notion ; du point de vue de la théorie du droit, il faudra rechercher le critère de cet opérateur. Il convient de remarquer avant d'entreprendre cette recherche que la notion d'intérêt juridique n'apparaît pas directement dans le droit positif. En conséquence, une grande partie des développements qui vont suivre relèvera de la théorie du droit.

1) *La recherche d'un critère de juridicité*

69 **Les critères écartés.** Les qualificatifs qui accompagnent la notion d'intérêt sont nombreux. Une première série sera écartée. *Moral, matériel, économique* ne permettent aucune discrimination entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas. Certains intérêts relèvent de ces catégories sans être pour autant reconnus par le droit : des individus qui souhaitent s'associer en vue d'une entreprise criminelle lucrative, ont certes un intérêt économique mais il ne sera en aucun cas juridique. De même faut-il écarter *né, actuel* et *sérieux*. *Né* et *actuel* sont des caractères de l'intérêt à agir en justice¹²⁴. Le *sérieux* est exigé quant à lui de l'intérêt qui fonde la validité de la clause d'inaliénabilité¹²⁵. Cependant leur caractère discriminant ne joue qu'entre des intérêts qui sont déjà considérés comme juridiques, ils ne permettent pas seuls de faire la distinction. La même objection peut être adressée aux qualificatifs d'*individuel*, de *commun* et de *collectif*¹²⁶.

70 **La légitimité.** Plusieurs textes font référence à la légitimité de l'intérêt¹²⁷. De même la jurisprudence a utilisé la notion afin de déclarer irrecevable l'action en responsabilité de la concubine de la victime¹²⁸.

71 La légitimité ne doit pas être confondue avec la légalité d'une part, ni avec la moralité d'autre part. Il est exclu que la moralité soit un critère de juridicité. Ainsi alors que le concubinage était considéré comme immoral, la Chambre Mixte de la Cour de cassation a admis la

124 J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^{ème} éd., Dalloz 1999, n°105.

125 Article 900-1 C. civ.

126 Ces deux derniers bénéficient du même avantage que le *sérieux*, à savoir qu'ils sont contenus dans le droit positif (commun : 815-5 C. civ., 1833 C. civ. ; collectif : L. 411-1 C. trav.).

127 Article 60, 61, 900-1 C. civ., 31 N.C.P.C.

128 Civ., 27 juillet 1937, D. 1938.1.5, note R. SAVATIER. D'abord en accord avec la chambre civile, la chambre criminelle a opéré un revirement de jurisprudence : Crim., 24 février 1959, JCP. 1959, II, 11095, note J. PIERRON ; RTDCiv. 1959.534, obs. H. MAZEAUD. Un arrêt de la Chambre Mixte a mis fin à cette divergence : CM., 27 février 1970, D.1970.201, note J. COMBALDIEU ; JCP. 1970, II, 16306, conclusions R. LINDON, note PARLANGE. Voir H. MAZEAUD, *La lésion d'un «intérêt légitime juridiquement protégé» condition de la responsabilité civile*, D.1954 chr. 39.

recevabilité de l'action de la concubine de la victime. L'immoralité du concubinage adultère n'a pas empêché la chambre criminelle de déclarer recevable l'action civile de la concubine d'un homme marié¹²⁹. Par ailleurs, s'il est évident qu'un intérêt illégal serait *a fortiori* illégitime. Dire qu'est juridique un intérêt légal ne répond pas à la question du critère de juridicité de la notion. L'affirmation n'est pas fautive, mais elle n'apporte guère d'éléments nouveaux dans le débat. Il semble par ailleurs qu'un intérêt non illicite ne soit pas pour autant légitime. Un commerçant a un intérêt économique à se trouver en situation de monopole, ou tout au moins à ne pas voir un concurrent s'installer à proximité de son établissement. Il ne s'agit cependant pas d'un intérêt légitime et aucune action ne lui sera accordée contre son concurrent. Il ne s'agit pas d'un intérêt juridique.

72 Cette assimilation du juridique au légitime se retrouve en doctrine, notamment en procédure civile¹³⁰. On pourrait objecter que si la légitimité était le critère de la juridicité, il ne serait pas nécessaire au législateur d'y faire référence dans certains textes. Il semble que l'emploi du qualificatif dans des normes du droit positif ait une autre signification. La légitimité est toujours exigée pour caractériser l'intérêt, mais dans la plupart des cas la preuve n'en sera pas exigée ; il existe une dispense d'allégation. Lorsqu'il y est fait référence c'est pour rendre non seulement son allégation mais aussi sa preuve nécessaires, notamment en matière de changement de prénom¹³¹.

2) Recherche d'un critère de légitimité

73 **Légitimité et universalisabilité.** Un autre problème dans l'exemple donné plus haut tient à ce que le commerçant nouvellement installé peut avoir lui-même intérêt à voir disparaître la concurrence. La légitimité ne saurait bénéficier à l'un ou à l'autre selon un critère chronologique. Il faut trouver un critère plus fin de la légitimité. C'est le second aspect de la recherche relative au caractère juridique de l'intérêt : la définition de l'opérateur de juridicité. S'il s'agit bien de la légitimité il faut trouver le critère qui en permet l'utilisation en droit.

74 Un critère de la légitimité est nécessaire pour éviter de vains débats. Le vocabulaire juridique de l'association Capitant¹³² révèle des liens entre la notion de légitimité et celles de justice, d'équité¹³³ et de licéité. Cependant justice et équité apparaissent trop subjectifs alors

129 Crim., 19 juin 1975, D. 1975.679, note A. TUNC.

130 Voir J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 103.

131 Article 60 C. civ. ; Civ. I, 20 février 1996, BC. I, n° 55.

132 *Vocabulaire juridique*, V^{is} *Légitimité* et *Légitime*.

133 Voir A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse dactyl., Paris II 1975, p. 196.

que l'on cherche à soustraire la notion au jugement de valeur. Quant à la licéité, pas plus que la légalité n'a renseignés sur la juridicité de la notion d'intérêt, elle ne fournira d'éléments de définition de la légitimité. Le raisonnement risque d'être circulaire ou d'aboutir à un résultat décevant. Un intérêt serait juridique dès lors qu'il est légitime, c'est à dire soit lorsqu'il est licite et alors le raisonnement est circulaire : la question était de savoir à quelle condition un intérêt peut être considéré comme juridique ; soit lorsqu'il est légalement protégé et alors le résultat est manifestement décevant par son étroitesse. Il est en effet évident que la légitimité n'est pas uniquement de source légale. Il faut poursuivre la recherche car ces premiers éléments sont insuffisants.

75 La légitimité ne peut être définie uniquement par rapport à l'individu, elle n'est pas purement individuelle¹³⁴. Imaginons que l'un des deux commerçants ait un comportement déloyal et l'intérêt de l'autre apparaîtra légitime. La solution serait valable quel que soit le commerçant déloyal et celui victime de la déloyauté. Il est de l'intérêt de chacun que le trouble cesse et que la concurrence soit assurée. Autrement dit, tout le monde a intérêt à ce que les règles de la concurrence soient respectées. Pour des personnes dans une situation identique la légitimité sera du côté de ce qui est général ou tout au moins du côté de ce qui peut être généralisé. La légitimité caractérise un intérêt qui peut être partagé par tous¹³⁵.

76 Le critère de la légitimité se trouve dans son caractère universalisable¹³⁶. A priori, cependant, la légitimité, caractérisé par l'universalisabilité et caractérisant la juridicité de l'intérêt doit se défendre contre deux critiques. Elles se présentent sous l'apparence d'un dilemme. Soit on cherche à faire sortir son plein effet à la légitimité, mais alors on est condamné à la subjectivité ; soit on limite l'ambition du propos, mais alors l'universalisabilité n'est plus qu'une expression du principe de non-discrimination. Peut-on éviter le subjectivisme en adoptant une conception formelle de l'universalisabilité ? Etudiant la notion en tant que critère de la justice, Madame Weinberger considère qu'elle ne fournit aucun élément

134 F. OST, *Entre droit et non droit : l'intérêt*, in *Droit et intérêt*, Vol. 2, Publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 1990, p. 190.

135 Voir J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Le seuil 1997, p. 165

136 Par ce néologisme on désigne le caractère de ce qui peut être considéré comme universel, sans l'être nécessairement. Sur la même base le substantif universalisabilité est formé. Voir R. BOUDON, *Penser la relation entre le doit et les mœurs*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-éditions du Juris-Classeur 1999, p. 11, spéc. p. 20 sq.

positif d'évaluation¹³⁷. Elle ne fournit «pas un moyen de décider moralement mais [elle] offre au contraire une structuration de la délibération en vue de la décision»¹³⁸. Il ne s'agit finalement que d'une variante du principe de non-discrimination. Pour acquérir une signification matérielle il faut y joindre «une prise de position matérielle»¹³⁹. Ainsi réduite à un principe formel l'universalisabilité ne peut pas plus servir de critère de la légitimité que de critère à la justice. On est contraint d'intégrer un point de vue matériel. Il ne s'agit pas pour autant de s'abandonner au subjectivisme.

77 Il faut distinguer ce qui est universel et ce qui peut l'être ou plus précisément ce que l'on peut vouloir être universel¹⁴⁰. On ne peut exiger d'un intérêt qu'il soit effectivement universel. L'affirmation contraire prêterait de manière systématique à une discussion sans issue. Il semble que seul ce qui peut être voulu universel est légitime et caractérise l'intérêt juridique. Peut-on vouloir que chacun soit considéré comme ayant tel intérêt ? Si oui, il est légitime, sinon il est illégitime et non juridique. Est-il concevable de faire de la qualité de consommateur une qualité universelle ? La réponse positive s'impose : dans une mesure variable tout individu est consommateur. La légitimité ne peut pas plus être catégorielle qu'individuelle¹⁴¹. La reconnaissance d'intérêts catégoriels qui découlerait d'une telle conception, menacerait également l'unité du sujet¹⁴².

78 Civ. II, 28 janvier 1954. L'attendu de principe de l'arrêt de la deuxième section de la chambre civile du 28 janvier 1954 est connu qui affirme, avant d'en faire application aux comités d'établissement que «la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; 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 protégés. Si le législateur a le pouvoir dans un but de haute police de priver de la personnalité civile telle catégorie de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi

137 N. MC CORMICK, O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Storyscientia, LGDJ 1992, p. 230.

138 Op. cit., p. 157-158, 230-231.

139 Op. cit. p. 231.

140 Voir également KANT *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Delagrave, 1971, p. 103.

141 F. OST, *Entre droit et non droit : l'intérêt*, op. cit., p. 190. On pourrait trouver d'autres illustrations de ce propos notamment dans les phénomènes d'abus : voir B. FAGES, *L'abus dans les contrats de distribution*, JCP. 1998, CDE n°6, p. 11.

142 F. OST, *ibid.*

elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droit susceptible d'être déduit en justice»¹⁴³.

79 L'intérêt apparaît à deux reprises ; une première fois qualifié de licite et une seconde fois de collectif. Seule sa licéité présente ici un intérêt¹⁴⁴. S'il s'agit d'une conception étroite de la juridicité de la notion, il faut cependant remarquer que, en l'espèce, elle n'a guère de portée puisque l'intérêt en cause est licite. Le point le plus intéressant est sans doute le rapprochement possible entre cette formule et la référence à un pouvoir de police retenu par l'Etat¹⁴⁵. La proximité des deux expressions semble permettre de lier les deux idées qu'elles véhiculent. Le seul moyen dont dispose le législateur pour priver une organisation de la personnalité morale est de considérer que les intérêts qu'elle poursuit sont illicites¹⁴⁶. Une telle interprétation ne nie pas le pouvoir de l'Etat de décider expressément dans un texte constitutif que sa création n'aura pas la personnalité morale¹⁴⁷. Cette faculté si elle est utilisée sans modération, peut cependant générer des distorsions regrettable.

80 Au terme de cette étude de la juridicité de la notion d'intérêt, on peut faire un premier bilan. Elle est apparue comme une notion du droit positif, ayant une double fonction normative et explicative. La légitimité permet de distinguer les intérêts juridiques de ceux qui ne le sont pas, la légitimité étant attachée au caractère universalisable de l'intérêt considéré. L'imprécision de la notion pourrait cependant être un obstacle à la reconnaissance de ce caractère. Elle semble liée à la nature même de la notion, qui relève de la catégorie des notions à contenu variable.

§ 2 Une notion à contenu variable

143 Civ. II, 28 janvier 1954, JCP. 1954, II, 7978, conclusions LEMOINE, D. 1954.217, note LEVASSEUR.

144 Le caractère collectif de l'intérêt dans cet arrêt semble s'expliquer par le fait que le débat concernait un groupement. Il ne nous retiendra pas car nous savons déjà que de manière générale l'intérêt peut être juridique sans être collectif ; par ailleurs il existe de personnes morales qui ne sont pas des groupements.

145 Voir G. LAGARDE, *Propos d'un commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme*, in *Etudes offertes à A. Jeauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille 1974, p. 429.

146 Ainsi des associations de malfaiteurs : article 450-1 du Code pénal.

147 Voir M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 3^{ème} éd., Sirey 1945, p. 147 sqq. ; cet auteur s'interroge sur les pouvoirs de l'Etat sur la création des personnes morales et relève deux moyens à la disposition de celui-ci pour nier la personnalité d'un groupement : la condamnation de l'intérêt défendu et la suppression de toute organisation. Cette opinion est particulièrement intéressante lorsque l'on connaît l'influence de la pensée de M. Waline sur la Cour de cassation en l'espèce. Voir les conclusions LEMOINE sur l'arrêt, JCP. 1954, II, 7978.

81 La littérature juridique relative au standard est abondante¹⁴⁸. Il s'agit d'une notion d'origine doctrinale, dont la fonction est restée purement explicative. Deux expressions différentes ont déjà désigné dans les précédents développements une même idée : notion à contenu variable et standard. On aurait pu recourir également à d'autres termes : notion-cadre, concept-flou (voire mou) ou directive¹⁴⁹, sans pour autant jamais déduire de conséquences pratiques, théoriques ou méthodologique de ces remarques. Un aspect essentiel semble cependant constant : la faible détermination de la notion. L'imprécision de l'intérêt relevée le désigne de manière évidente pour figurer dans cette catégorie doctrinale. L'intérêt peut ainsi davantage se définir par sa structure que par son contenu.

148 Voir notamment M. O. STATI, *Le standard juridique*, thèse Paris, Librairie Duchemin 1927 ; St. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Bibl. dr. Pub. n° 135, 1980 ; Ph. COËT, *Les notions cadres dans le Code civil*, thèse Paris II, dactyl., 1985 ; M. HAURIOU, *Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury : Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, RTDCiv. 1926.265 ; *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ. 1988.805 ; A. A. AL SANHOURY, *Le standard juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, p.144, Sirey, s.d. ; *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de Ch. PERELMAN et de R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles 1984.

149 Certains auteurs distinguent différentes notions sous ces mots. Voir Ch. JAROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, Bibl. dr. priv. n° 198, LGDJ 1987, n° 464, qui distingue notion-cadres (synonyme par ailleurs de standard) et notion à contenu variable, en ce que la seconde « s'applique à des réalités différentes sans que celles-ci puissent présenter un caractère d'unité » ; M. HAURIOU, *Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury : Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, RTDCiv. 1926.265, qui distingue standard et directive.

82 **Approche structurelle de l'intérêt.** Il ne s'agit ici que d'annoncer de prochains développements, qui constitueront l'essentiel de la réflexion sur la notion d'intérêt dans le droit positif de la personnalité morale. Qu'entend-on par approche structurelle ? La formule recouvre deux méthodes différentes. Dans une première perspective, on peut analyser l'intérêt «envisagé dans ses parties, dans son organisation»¹⁵⁰. Cependant cette démarche se heurte à une incertitude concernant les éléments dont est constitué l'intérêt, et plus particulièrement celui d'une personne morale. Aborder celui-ci comme un ensemble fait penser aux doctrines qui le définissent comme une somme d'intérêts, alors qu'il est impossible à ce point de notre étude d'orienter les recherches dans cette direction en l'absence de tout autre indice que l'autorité de certains auteurs. Il est préférable d'adopter la seconde perspective, qui consiste à étudier l'intérêt de la personne morale comme un élément de l'organisation qui constitue la substance de la personnalité morale.

83 De cette prise de position méthodologique découle un programme. Il faudra clarifier le discours juridique qui recourt à la notion d'intérêt sans savoir avec précision ce dont il s'agit, au risque de la confondre avec d'autres notions. Une telle confusion ne serait pas très grave si l'intérêt n'était qu'une formule de la théorie du droit, mais il est apparu également qu'elle est de droit positif. Il faudra préciser les relations de la notion d'intérêt avec d'autres notions proches ; la prochaine section permettra d'affirmer la spécificité de la notion d'intérêt. On pourra alors du point de vue du droit positif analyser les rapports de l'intérêt de la personne morale avec d'autres intérêts. Ce sera ce second point qui déterminera les options fondamentales d'une éventuelle théorie juridique de la personnalité morale.

84 En conclusion, il ne suffit pas d'affirmer l'existence d'un intérêt propre d'une organisation pour justifier la personnalité morale ; il faudra être plus exigeant. Si la différence de contenu de la notion d'intérêt d'une personne morale à l'autre est la manifestation du caractère fonctionnel de la notion, ce qui caractérisera le concept de la personnalité morale se trouve dans la structure de l'intérêt.

Section II La spécificité de la notion d'intérêt de la personnalité morale

85 Le discours juridique relatif à l'intérêt est parfois confus. Cela ne tient pas à la notion elle-même, mais aux notions auxquelles elle est

¹⁵⁰ *Le nouveau petit Robert*, V° *Structure*.

comparée. Lorsqu'elles ne sont pas purement doctrinales comme la finalité, elles sont obscures comme la cause. Il apparaît nécessaire dans cette situation de vérifier si la notion d'intérêt a une existence autonome ou si elle peut être avantageusement remplacée par d'autres notions.

86 L'étude portera sur la place de l'intérêt parmi les notions du droit des organisations (§2). Cela pouvait sembler suffisant, mais ne le sera pas. Il est préférable de remonter un peu plus haut vers la source : le droit des obligations (§1).

§ 1 La notion d'intérêt et les notions du droit des obligations

87 Avant d'aller plus loin, il est nécessaire de résoudre une question de méthode. Les notions utilisées dans ce paragraphe sont des notions du droit des obligations. Il est connu cependant qu'elles ont été forgées dans le cadre du contrat. Cependant la nature contractuelle de nombreuses institutions a été discutée, le plus souvent en vain, ce qui peut faire douter de l'opportunité de se placer sur un terrain qui est par excellence celui du contrat. Par ailleurs, le caractère volontaire ne semblait pas être de la nature de la personnalité morale. Faut-il encore s'attarder sur ce terrain ?

88 La réponse est bien sûr affirmative pour deux raisons. D'une part, il est admis que les notions dégagées en matière contractuelle restent valables dans le domaine plus vaste de l'acte juridique¹⁵¹ ; cela permet de ne pas être arrêté par le particularisme des actes de constitution des personnes morales lorsqu'elles sont de nature volontaire. D'autre part, les notions du droit des obligations sont des notions que l'on peut qualifier de canoniques, en ce sens qu'elles sont les modèles d'une famille de notions desquelles on peut les rapprocher. Leur compréhension facilitera celle des instruments particuliers du droit de la personnalité morale. L'intérêt sera successivement comparé à l'objet (I) et à la cause (II).

I L'intérêt et l'objet

89 **Impossibilité d'assimiler l'intérêt à l'objet.** L'existence d'un objet est une des quatre conditions de formation des conventions exposées à l'article 1108 du Code civil. L'intérêt n'est pas mentionné par cette disposition. Est-il alors possible de soutenir que l'objet est l'expression en droit positif de l'intérêt, et de faire ainsi l'économie d'une notion superflue ? Cela semble cependant difficile dans la mesure où l'intérêt est de droit positif, bien qu'il ne soit pas une

151 Voir à ce propos les réflexions de Monsieur CARBONNIER : *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^{ème} éd., coll. Thémis, PUF 2000, n° 19.

condition de formation des actes juridiques. L'article 1325 du Code civil y fait référence sans qu'il apparaisse comme synonyme d'objet.

90 Tentative de définition de l'intérêt par rapport à l'objet.

Une autre voie est de le définir par rapport à l'objet. C'est la solution proposée par Monsieur Cabrillac dans sa thèse sur *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*¹⁵². Pour cet auteur l'intérêt correspond à la situation de créancier ou de débiteur de l'objet ; il est déterminé par rapport à l'objet¹⁵³. Que penser de cette proposition ? Avant de se prononcer, il convient de rappeler quelques points relatifs à la notion d'objet. Elle a été peu étudiée, peut-être en raison de son apparente clarté¹⁵⁴. Une ambiguïté réside cependant dans le fait que l'objet visé par le Code civil est tantôt celui de l'obligation, tantôt celui du contrat¹⁵⁵. Aussi lorsque l'on emploie la notion convient-il de préciser ce que l'on entend par objet. C'est ce que ne manque pas de faire Monsieur Cabrillac ; pour cet auteur il s'agit de l'obligation principale que le contrat a fait naître¹⁵⁶. Cette thèse a l'avantage de bénéficier de la relative simplicité de la théorie de l'objet notamment par rapport à celle de la cause. Elle semble cependant devoir être écartée.

91 Elle se heurte à une difficulté insurmontable en matière de personnalité morale : celle de la détermination de l'obligation principale dans les actes emportant création de personne morale. Monsieur Overstake n'avait pas été arrêté par cet obstacle. Dans son *Essai de classification des contrats spéciaux*¹⁵⁷, il propose une double typologie : d'après l'objet, d'une part, et d'après la cause, d'autre part. Au cours de son étude des contrats d'après leur objet, l'auteur reconnaît que la société n'est pas un contrat comme les autres, avant d'identifier la prestation essentielle. Celle-ci réside dans la prestation de chaque associé : il s'agit du transfert des droits qu'ils détiennent sur les biens apportés¹⁵⁸. Il oppose l'association à la société ; la prestation essentielle est celle de chaque sociétaire, mais il s'agit alors

152 R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif*, préf. P. CATALA, Bibl. dr. priv. n° 213, LGDJ 1990, n°255 sqq.

153 R. CABRILLAC, thèse précitée, n° 87.

154 Voir cependant récemment : N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation. Essai sur la distinction de l'objet et de l'effet de l'obligation*, préf. A. GHOZI, coll. Droit civil, série : Etudes et Recherches, Economica 1998.

155 Comparer les articles 1128 et 1129 du Code civil. Apparaît ainsi clairement la tendance des rédacteurs à raisonner sur le modèle romain du contrat : la stipulatio, qui générait d'obligation à la charge d'une seule partie.

156 R. CABRILLAC, thèse précitée, n° 86.

157 J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, Bibl. dr. priv. n° 91, LGDJ 1969, p. 131 sqq.

158 J.-F. OVERSTAKE, thèse précitée, p. 134.

de mettre à la disposition de l'association ses connaissances et son activité. Ainsi d'un côté trouve-t-on un contrat translatif de propriété et de l'autre un contrat de prestation de service. Bien que ces conclusions soient stimulantes pour la réflexion, elles restent peu satisfaisantes. Comment peut-on réduire la société à un transfert de propriété ? La difficulté, semble-t-il, a été de ne pas voir que la particularité de ces actes est de ne pas entraîner d'échange, mais de prévoir une organisation¹⁵⁹. Il n'y a pas à proprement parler de création d'obligation. Il y a même, en définitive, une erreur à définir l'intérêt par rapport à l'objet.

92 N'est-ce pas remettre en cause la notion d'objet de manière générale dans le domaine des personnes morales ? Ce serait donner beaucoup de portée à la critique. Elle porte uniquement sur la définition de l'intérêt en tant que situation de créancier ou de débiteur de l'objet de l'acte juridique¹⁶⁰. Il y a bien un objet dans ces actes et un objet de l'obligation n'est pas inconcevable, cependant aucun fondateur ne peut être considéré comme débiteur ou créancier par rapport à cet objet¹⁶¹. Définir alors la notion d'intérêt par rapport à la notion d'objet risque d'introduire une obscurité supplémentaire. Pour éviter cela, il est possible de rappeler que l'objet ne vaut que par ce que l'on attend de lui ; mais on s'éloigne alors de l'objet au sens strict pour penser davantage à la notion de cause.

93 En conclusion, il est impossible de retenir une définition de l'intérêt comme synonyme d'objet, de même qu'il est impossible de le définir par rapport à cette notion. Les liens unissant intérêt et cause sont plus subtils encore et appellent une étude séparée.

II L'intérêt et la cause

94 Il ne s'agit pas ici de résoudre l'énigme de la cause en droit des obligations. Le débat auquel la notion a donné lieu est connu de tous¹⁶². Deux remarques liminaires permettront de définir le cadre de notre étude des rapports de la cause et de l'intérêt.

95 **La controverse doctrinale.** Après un XIX^e siècle causaliste, une réaction anticausaliste s'est manifestée autour de 1900¹⁶³. Planiol a été le champion de cette doctrine. Il est intéressant de remarquer

159 P. DIDIER, *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, RJC. numéro spécial 1995.74, du même auteur : *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *l'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 635.

160 R. CABRILLAC, thèse précitée, n° 87.

161 Voir P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTDCiv. 1999.771, spéc. p. 785.

162 Voir J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, op. cit., n° 64.

163 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Pichon 1900, n° 1078 sqq.

que cet auteur a été également un ennemi de la personnalité morale¹⁶⁴. La défense a été organisée par deux auteurs¹⁶⁵, qui ont choisi des voies différentes. Selon Henri Capitant, dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour. Cette position se heurte apparemment à la même objection que celle que l'on a formulée à l'encontre de la thèse qui définit l'intérêt par rapport à l'objet. Dans les actes constitutifs de personnes morales il n'est pas possible de mettre l'accent sur une obligation dont on espère l'exécution. Cependant Capitant a pris la précaution de préciser que pour les contrats dans lesquels les contractants poursuivent une fin commune, «la cause qui détermine les participants à se grouper est plus complexe que dans les contrats à but égoïste», «c'est le partage des bénéfices, la défense de l'intérêt commun, la création de l'œuvre d'utilité générale»¹⁶⁶. Louis Josserand a choisi une voie plus subjective¹⁶⁷ : la cause est le mobile qui inspire l'action de l'agent. Comme Capitant, il fait référence à l'intérêt : étudiant la validité des clauses d'inaliénabilité, il énumère les intérêts qui peuvent la fonder, et y voit une application de la notion de mobile¹⁶⁸. L'inspiration puisée chez Ihering, ainsi que la référence expresse à la notion d'intérêt dans les œuvres majeurs de ces auteurs, incitent à poser la question des rapports de l'intérêt et de la cause.

96 Ce rapprochement n'est pas aussi récent que pourraient le faire penser ces références, prises uniquement dans la doctrine du XX^e siècle. Pothier classait les contrats en contrats intéressés et contrats de bienfaisance¹⁶⁹. L'idée est passée chez les rédacteurs du Code civil : « il n'y a point d'obligation sans cause : elle est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elle »¹⁷⁰. Par ailleurs le débat n'a pas cessé à la disparition des auteurs du début du XX^e siècle. Aujourd'hui encore la théorie de l'acte juridique inspire des réflexions à la doctrine. Y a-t-il identité entre les notions d'intérêt et de cause ?

164 M. PLANIOL, op. cit., n° 670 sqq.

165 H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 2^{ème} éd., Dalloz 1924 ; L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essai de téléologie juridique II*, Dalloz 1928.

166 H. CAPITANT, op. cit., , n° 19.

167 L. JOSSERAND, op. cit., n°109.

168 L. JOSSERAND, op. cit., n° 228.

169 POTHIER, *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, par M. BUGNET, t. II, *Traité des obligations*, 2^{ème} éd., Plon et Marchal, n° 12 et n° 42.

170 BIGOT DE PRÉAMENEU, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil au Conseil d'Etat*, par A. FENET, t. XIII, 1827, p. 228.

97 **L'intérêt et l'unité de la notion de cause.** Monsieur Carbonnier voit dans la notion d'intérêt une traduction plus adéquate du latin *causa* et «serait propre à faire sentir l'unité sous-jacente à l'a. 1131...»¹⁷¹. Existence, légitimité, licéité et moralité sont des caractères partagés par les deux notions. L'intérêt pouvant être simplement moral dans les actes à titre gratuit, où la cause est aussi nécessaire à sa validité qu'en matière d'actes à titre onéreux¹⁷². De la même façon, Messieurs Cornu et Foyer ont rapproché les notions de cause et d'intérêt en procédure civile¹⁷³. Ce qui ressort de ces opinions, c'est que l'intérêt apparaît comme un double lien : d'une part entre les éléments objectifs de l'acte et ses éléments subjectifs ; d'autre part entre le passé et l'avenir.

98 L'équilibre entre objectivisme et subjectivisme est précaire. Les deux tendances se retrouvent dans notre droit¹⁷⁴. L'intérêt est souvent présenté comme le point d'équilibre entre les deux pôles¹⁷⁵. C'est, d'après Monsieur Hauser, «la projection objective de la volonté à travers le prisme déformant du milieu objectif qui s'y intègre, la transforme, est transformé par elle ; l'intérêt n'est finalement qu' «une sphère d'équilibre» à contenu variable dans certaines limites»¹⁷⁶. De la même façon pour Monsieur Wicker, l'intérêt est l'élément substantiel de la volonté¹⁷⁷. Si intérêt et cause recouvrent une même idée, le premier remplacerait avantageusement la seconde. Cela n'est cependant pas possible en raison du caractère de droit positif de la cause, qui ne permet pas d'en faire abstraction. Il reste au moins une fonction explicative qui éclaire certainement le débat¹⁷⁸.

99 Lien entre les éléments objectifs et les éléments subjectifs de l'acte juridique, l'intérêt apparaît aussi comme un lien entre le passé et l'avenir : il fait le pont entre le besoin et le moyen de le satisfaire. Là aussi il existe une certaine proximité avec la cause¹⁷⁹.

171 J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, op.cit., n° 64.

172 Sur la notion de cause dans les libéralités : J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités. Etude de jurisprudence Française et recherche d'une définition*, thèse Paris, Sirey 1920, passim.

173 G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 2^{ème} éd. refondue, PUF 1996, n° 80.

174 J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, Bibl. dr. priv. n° 117, LGDJ 1971, passim ; J.-M. BAHANS, *Théorie de l'acte juridique et droit économique*, thèse dactyl., Bordeaux IV 1998.

175 J. HAUSER, thèse précitée, n° 34 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, Bibl. dr. priv. n° 253, LGDJ 1997, notamment n° 101.

176 J. HAUSER, thèse précitée, n° 34.

177 G. WICKER, thèse précitée, notamment n° 101.

178 Voir en particulier l'œuvre de Madame J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. priv. n° 311, LGDJ 1999.

100 A partir de ces quelques observations, il faut trancher maintenant le problème de l'autonomie de la notion d'intérêt par rapport à celle de cause. Cette autonomie n'est que relative. Cela apparaît manifeste après les quelques développements consacrés à la notion de cause dont celle d'intérêt se révèle proche dans le domaine des actes juridiques. Cependant les deux notions semblent ne pas se recouvrir exactement. D'une part, il n'y a pas de contrepartie à la prestation du participant dans les actes de constitution de personnes morales¹⁸⁰. Du moins n'est-ce pas ce qui fait l'essentiel de la convention. S'il existe un avantage espéré de la constitution d'une personne morale, cet avantage n'est pas accordé par les autres participants, à la différence de ce qui est le cas dans les conventions ordinaires. L'avantage provient d'une activité exercée en commun. Aussi est-il difficile de transposer sans la déformer la notion de cause objective. Cette remarque avait déjà conduit à écarter une définition de l'intérêt par rapport à la notion d'objet¹⁸¹. D'autre part, la notion d'intérêt a une fonction normative que n'a pas celle de cause. Ainsi la cause n'est que l'objet d'un contrôle et n'est jamais un instrument, à la différence de l'intérêt qui est plus souvent instrument de contrôle qu'objet de celui-ci. Cette dimension explique que l'intérêt continue à jouer un rôle après la formation de l'acte. L'exemple des clauses d'inaliénabilité revient à l'esprit, qui permet de constater que l'intérêt qui a fondé la validité de la disposition, conditionne également son maintien. De même le standard de l'intérêt détermine la validité des actes passés pendant le fonctionnement de la personne morale¹⁸².

101 En résumé, l'objet ne saurait être confondu avec, ni même permettre une définition de la notion d'intérêt. Celle-ci semble également jouir d'une autonomie relative à l'égard de la notion de cause. Cette relativité vient de ce que l'intérêt est à la fois une notion de la théorie du droit dotée d'une vertu explicative et une notion du droit positif. Elle est d'ailleurs peut être plus une notion de la théorie du droit qu'une notion de droit positif dans le domaine de l'acte

179 Voir G. WICKER, thèse précitée, n° 100 sqq. ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 2^{ème} éd. refondue, PUF 1996, n° 80

180 P. DIDIER, *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, RJC. numéro spécial 1995.74 ; du même auteur : *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *l'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 635.

181 Voir ci-dessus, n° 147 sqq.

182 Voir ci-dessous, n° 241 sqq., à propos de l'abus de majorité.

juridique¹⁸³. Il semble que le rapport est plus équilibré dans le droit des organisations.

§ 2 La notion d'intérêt et les notions du droit des organisations

102 Deux notions essentielles du droit de la personnalité morale peuvent être confondues avec celle d'intérêt. Il s'agit de la spécialité légale et de l'objet statutaire. Ni l'une, ni l'autre n'est propre au droit de la personnalité morale. Leur particularisme est lié à l'idée d'organisation et les institutions personnalisées ne sont pas les seules à répondre à un souci d'organisation : des groupements sans personnalité telle la société en participation obéissent à la même logique. Une société, une fondation, tout comme un syndicat de copropriétaires, développent son activité dans la durée. L'aspect organisationnel est déterminant. Ce n'est pas un échange qui est en vue lorsque des individus se réunissent en association ou au sein d'un groupement d'intérêt économique (GIE)¹⁸⁴, mais une activité. Cela justifie l'apparition de notions particulières à la matière. Elles déterminent un cadre dans lequel se développe l'activité de la personne morale et en constituent les limites. Cet aspect ne sera pourtant pas traité ici dans la mesure où il révèle une difficulté bien plus importante : la variabilité de la personnalité morale. Cette question devra être abordée dans une seconde partie lorsque l'on étudiera le concept de la personnalité morale. Dans le cadre de ce paragraphe on distinguera l'intérêt du principe de spécialité et de l'objet statutaire, afin d'en déterminer la place réelle dans le discours juridique.

I Intérêt et principe de spécialité légale

103 Avant de pouvoir distinguer l'intérêt de la spécialité (B), il faut avoir une idée précise de ce que recouvre cette notion. Son analyse sera également l'occasion d'aborder des notions que l'on retrouvera par la suite (A).

A) Définition de la spécialité légale

104 Définir la spécialité légale est un préalable à tout travail de comparaison avec l'intérêt. Cela passe d'abord par des précisions d'ordre terminologique (1), avant de faire porter l'attention sur le contenu du principe selon le type de personne morale (2).

1) Terminologie

183 L'intérêt est une notion du droit positif des actes juridiques (art. 1325 C.civ.). Voir LAROMBIÈRE, *Théorie des obligations*, Pédone 1885, n° 23.

184 Sur ce thème : P. DIDIER, *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, RJC. n° spécial novembre 1995.74 ; du même auteur : *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *l'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 635.

105 Le principe de spécialité est défini au Vocabulaire Cornu comme le « principe inhérent à la nature des personnes morales, suivant lequel les activités de celles-ci sont limitées aux domaines et objets en vue desquels elles ont été créées »¹⁸⁵. Les « domaines et objets en vue desquels [les personnes morales] ont été créées » sont de deux ordres. Ils peuvent être légalement ou statutairement déterminés. L'étude de la détermination statutaire des buts de l'organisation relève de l'analyse de l'objet de celle-ci. La spécialité légale sera étudiée la première.

106 **Spécialité et finalité.** Le principe de spécialité est connu en droit privé comme en droit public¹⁸⁶. Il est d'origine doctrinale et jurisprudentielle¹⁸⁷ et aucun texte n'y fait expressément référence. La terminologie est relativement fixée et l'expression « principe de spécialité » est largement adoptée. Certains auteurs ont utilisé des termes voisins. *Finalité* est celui qui a reçu le contenu le plus précis. La distinction n'est cependant pas évidente. Ce point devra être précisé avant d'examiner la définition de la spécialité.

107 Le mot *finalité*¹⁸⁸ n'est pas défini précisément au Vocabulaire Cornu¹⁸⁹. Il est donné comme synonyme de *fin*, de *but* et d'*objectif*. Monsieur Gastaud voit dans la finalité un élément qui explique la variabilité de la personnalité morale¹⁹⁰. Il distingue trois types de finalités juridiques qui permettent la classification des personnes morales : tout d'abord, l'accès facilité à la titularité d'un droit ; ensuite, la défense des droits individuels ; et, enfin, l'accroissement de l'efficacité d'un droit individuel (soit en diminuant les charges, soit en augmentant la rentabilité)¹⁹¹. Toujours selon Monsieur Gastaud, l'association fait exception à cette typologie en ce qu'elle se définit négativement par l'interdiction qui lui est faite de partager les

185 Vocabulaire Cornu, V° *Spécialité (principe de)*.

186 Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., Rousseau 1922, p. 641 sqq. ; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par TROTABAS, LGDJ 1932, n° 243 sqq. ; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. DURAND, Imprimeries Modernes 1950, p. 214 ; J. FERSTEMBERT, *Recherche sur la notion de spécialité des personnes publiques*, thèse dactyl., Paris II 1976 ; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMELAGHE, Bruylant, Bruxelles 1995, n° 215 sqq.

187 Sur l'origine du principe : J. FERSTEMBERT, thèse précitée, p. 8 sqq.

188 Il s'agit ici de la finalité d'une personne morale donnée et non de celle de la personnalité morale en générale. La finalité est celle de l'organisation et non celle de la personnalité morale.

189 Vocabulaire Cornu, V° *Fin*, sens 2.

190 J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. priv. n° 149, LGDJ 1977, n°90 sqq.

191 J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 16.

bénéfices qu'elle peut réaliser entre ses membres ; elle existe sans s'inscrire dans une perspective juridique prédéterminée¹⁹². La finalité apparaît comme la raison d'être du groupement. Entendu de cette manière, fort abstraite, la notion se distingue de celle de spécialité. Il est possible d'envisager des groupements dont les finalités sont identiques alors que leurs spécialités sont différentes. Ainsi un groupement d'intérêt économique et un syndicat de copropriété relèvent-ils de la même catégorie de finalité : ils permettent à leurs membres d'accroître l'efficacité de leurs droits par répartition des charges. Ils n'obéissent pourtant pas au même principe de spécialité et l'on n'imagine pas que l'entretien d'un immeuble d'habitation soit assuré par un GIE.

108 Monsieur Ferstembert adopte une définition moins abstraite de la finalité qui l'amène à l'identifier à la spécialité légale¹⁹³. Cet auteur critique la terminologie des privatistes qui qualifient la spécialité de légale. Selon lui cette spécialité légale est « en réalité la "finalité légale" de chaque catégorie de personne morale » et seules les sociétés à statuts spéciaux, pour lesquelles la loi détermine un objet particulier, obéissent à une véritable spécialité légale. L'existence d'une spécialité légale semble pourtant se justifier en droit privé. Ce que l'on appelle la spécialité statutaire ne présente pas le plus souvent ce caractère finaliste de la spécialité légale ; l'objet apparaît, en général, comme un moyen. En droit public, l'activité et la fin sont d'intérêt général. L'activité d'intérêt général est la mission de la personne publique. L'observation de Monsieur Ferstembert présente tout de même l'intérêt de mettre en évidence l'importance des personnes morales dont l'objet statutaire est légalement déterminé.

2) Contenu de la spécialité légale

109 Le contenu de la notion de spécialité sera déterminé par la confrontation des différentes utilisations de la spécialité. Ces développements permettront de formuler quelques leçons mais aussi quelques questions. La présente étude de la spécialité permettra de la distinguer de l'intérêt et ne nécessitera pas une analyse exhaustive de la spécialité de chaque type de personne morale. De plus l'étude des différences de contenu de la notion concerne beaucoup plus la distinction des formes d'organisation que l'essence de la personnalité morale. Elle ne renseigne qu'indirectement sur la personnalité morale. L'approche comparative des spécialités se justifie par le fait qu'elle

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ J. FERSTEMBERT, thèse précitée, p. 904.

permet de faire l'économie de certains développements inutiles tout en faisant ressortir les aspects pratiques de la question.

110 Spécialisation des sociétés. Le phénomène de spécialisation des sociétés est bien connu aujourd'hui¹⁹⁴. Il est impossible d'énumérer toutes les sociétés dont le statut particulier est légalement déterminé en considération d'une activité précise. Parfois le législateur intervient non pas pour créer une société destinée à exercer une activité donnée mais pour l'interdire¹⁹⁵. Madame Priéto qualifie ces règles de spécialités étroites¹⁹⁶ et rattache ainsi le phénomène de spécialisation à la notion de spécialité. Cependant ce rattachement n'est pas justifié. Deux remarques peuvent être faites en ce sens. D'une part, le statut légal de ces sociétés inclut une référence à l'activité ce qui ne semble pas relever directement de la spécialité légale mais de l'objet. La spécialité exprime l'idée de but et non d'activité ; elle présente un caractère téléologique marqué alors que l'activité n'est pas finalisée. D'autre part, il semble qu'il n'y ait aucun lien nécessaire entre la forme et l'activité. Une société de droit commun peut servir de cadre à une activité pour laquelle une forme de société a été créée. Le plus souvent la spécialisation des sociétés sera liée à l'objet : c'est donc l'activité qui est visée.

111 Une énigme classique. La distinction de la société et de l'association est une énigme classique du droit des groupements¹⁹⁷. Pendant tout le XIX^e siècle, la société a joui d'un quasi-monopole dans le domaine de la vie juridique collective. L'association était en principe interdite¹⁹⁸. L'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1901 a modifié les données du problème. Il fallait concilier l'article premier de la loi de 1901 et l'article 1832 du Code civil. Le débat a d'abord porté sur la notion de bénéfice. Aujourd'hui c'est le partage des bénéfices qui semble être déterminant.

112 Le sens du mot bénéfice a été discuté dès l'adoption de la loi de 1901. Il a été précisé par les célèbres arrêts Caisse rurale de

194 D. RANDOUX, *La spécialisation des sociétés*, in *Etudes dédiées à Alex Weil*, Dalloz-Litec, 1983, p. 471.

195 « Les sociétés d'assurances, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter la forme de société à responsabilité limitée » (article L. 223-1 du Code de commerce).

196 C. PRIÉTO, *La société contractante*, préf. J. MESTRE, PUAM 1994, n° 108 sqq.

197 Voir P. KAYSER, *Société ou association ? L'article 1832 du Code civil et la loi du 1^{er} juillet 1901*, Sirey 1928, passim ; Fr. TERRÉ, *La distinction de la société et de l'association*, in *Mélanges Secrétan*, Imprimerie Corbaz, Montreux 1964, p. 325 ; Y. GUYON, *De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1901*, in *Etudes offertes à P. Kayser*, PUAM 1979, p. 483.

198 Article 291 du Code pénal de 1810.

Manigod de 1909 et 1914¹⁹⁹. Les Chambres réunies ont adopté une définition stricte de la notion le 11 mars 1914 : « l'expression bénéfice a le même sens dans les deux textes et s'entend d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés »²⁰⁰. La formule avait pour conséquence de rejeter dans la catégorie des associations les organisations qui avaient pour but de faire profiter leurs membres des économies générées par l'exercice collectif d'une activité. La réforme des sociétés civiles a cherché à résoudre la difficulté²⁰¹. La nouvelle définition de la société contenue à l'article 1832 du Code civil inclut une référence aux économies dont peuvent profiter les associés. Le problème provient aujourd'hui de ce que la définition de l'association n'a pas été modifiée en même temps que celle de la société. En conséquence, puisque l'association peut toujours réaliser des économies et que ceux-ci ne sont pas des bénéfices, ainsi que le signifie indirectement le Code civil, sa définition se chevauche apparemment avec celle de la société. Cela revient cependant à négliger ce qu'il y a de plus important dans la société : le partage des bénéfices.

113 Ce que recherchent les associés d'une société ce n'est pas uniquement la réalisation de bénéfices, mais leurs partages²⁰². Il est à remarquer que les praticiens du droit ne se trompent guère dans le choix de la forme d'organisation qui convient à l'activité qu'ils ont en vue. Les aberrations que l'on peut rencontrer sont souvent dues à des considérations fiscales²⁰³. Il arrive également qu'après quelques années de fonctionnement efficace, une association ait accumulé des sommes considérables. Il s'agira alors plutôt de regrets que d'erreurs ; les sociétaires regretteront de ne pas avoir choisi la forme sociale lorsqu'ils verront un capital, parfois considérable leur échapper en raison de la prohibition du partage entre membres de l'association. Si une société apparaît finalement ne pas avoir de but lucratif, le législateur a parfois autorisé un changement de forme sans création d'une personne morale nouvelle²⁰⁴. Lorsque les fondateurs font de la

199 Civ., 4 août 1909, DP. 1910.1.153, note L. DURAND ; CR., 11 mars 1914, DP. 1914.1.257, note L. S.

200 CR., 11 mars 1914, DP. 1914.1.257, note L. S.

201 Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, qui a modifié les dispositions du Code civil relatives aux sociétés civiles.

202 Il peut s'agir d'économie lorsqu'une société coopérative par exemple répartit les ristournes, que l'on peut assimiler à une économie.

203 Ces calculs sont aujourd'hui en partie inexacts dans la mesure où une instruction fiscale du 15 septembre 1998 (RS. 1998.877) a modifié les critères d'imposition des associations.

204 Loi n° 69-717 du 8 juillet 1969 relative à certaines dispositions concernant les sociétés.

répartition des bénéfices un élément essentiel de leur choix, c'est vers la société qu'ils le dirigeront. Au contraire, lorsque c'est l'activité qui occupe le premier plan, c'est à l'association qu'ira leur préférence. L'activité peut générer des bénéfices mais ils ne pourront pas être distribués entre les membres. Autrement dit, l'activité elle-même peut être lucrative sans que le but lui-même le soit : il faut donc distinguer l'activité lucrative et le but lucratif²⁰⁵. Lorsque l'activité est lucrative, elle reste le but de l'organisation ; lorsque le but lui-même devient lucratif, l'activité devient un moyen. Cela renseigne sur une particularité de l'association. Elle semble ne pas avoir de spécialité abstraitement déterminée comme la société, ce qui accroît l'importance de l'objet. On peut ainsi remarquer que les arrêts relèvent expressément que l'activité lucrative était prévue par les statuts²⁰⁶. La spécialité légale de l'association est purement négative : elle ne doit pas distribuer les bénéfices qu'elle peut réaliser.

114 Dans son analyse de la jurisprudence antérieure à la loi de 1978, Monsieur Terré a également remarqué que « la simple réalisation plus facile d'un gain pécuniaire ou matériel peut équivaloir à ce gain lui-même »²⁰⁷. Pour caractériser le bénéfice, les tribunaux recherchaient « l'avantage que l'intéressé aurait recueilli isolément et compar[ait] ce profit à celui qu'il a acquis par l'intermédiaire du groupement »²⁰⁸. Il est des économies qui doivent être traitées comme des bénéfices et qui caractérisent la société : « dans ces diverses hypothèses, la prise en considération d'un événement qui se réaliserait probablement si les intéressés ne constituait pas leur groupement, révèle le bénéfice »²⁰⁹.

115 **Société et indivision.** Les rapports de la société et de l'indivision apparaissent encore plus complexes que ceux de la société

205 Voir E. ALFANDARI, M. JEANTIN, obs. sur Soc., 27 juin 1990, RTDCom. 1990.602.

206 Com., 13 mai 1970, BC. IV, n°158.

207 Fr. TERRÉ, *La distinction de la société et de l'association*, article précité.

208 Le raisonnement a été modélisé par les économistes qui comparent les avantages respectifs de l'organisation et du marché : B. CORIAT, O. WEINSTEIN, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, collection références, Le Livre de Poche 1995, p. 48.

209 Fr. TERRÉ, article précité, p. 338.

et de l'association²¹⁰. La difficulté trouve son explication dans l'histoire²¹¹. Les deux institutions ont la même origine et leur distinction a longtemps été malaisée, d'autant plus qu'elle avait une portée limitée. L'affirmation du principe révolutionnaire selon lequel nul n'est tenu de rester dans l'indivision devait modifier cet état. L'application de l'article 815 du Code civil a été au centre du débat.

116 Dès le XIX^e siècle, la jurisprudence a écarté la règle du partage obligatoire à la demande d'un indivisaire. Plusieurs arrêts ont rejeté de telles demandes lorsque les biens avaient été acquis²¹² dans un but déterminé : hébergement d'un pasteur protestant en 1813²¹³, affectation familiale en 1886²¹⁴. Au XX^e siècle, la jurisprudence a maintenu sa position que l'idée de société d'indivision fondait. La formule est ambiguë qui joint des notions que le Code civil et les auteurs du XIX^e siècle avaient distinguées²¹⁵. Elle a été employée par un arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1922²¹⁶. Les réformes du Code civil relatives aux sociétés civiles²¹⁷ et à l'indivision²¹⁸ n'ont pas clarifié la situation. Si la société civile s'éloigne de l'indivision, celle-ci ressemble beaucoup aujourd'hui à l'ancienne société civile. Il y a là un phénomène de sédimentation que l'on retrouve ailleurs en droit ; ainsi en matière de traitement des difficultés des entreprises où la judiciarisation croissante des procédures collectives a provoqué une réaction du législateur en faveur de la prévention, elle-même organisée de manière toujours plus complexe et judiciaire, au point que l'actuel règlement amiable ressemble beaucoup à ce qu'était le règlement judiciaire de la loi de 1967.

117 Il est tout d'abord exclu que la personnalité morale soit un critère valable. Ce serait répondre à la question de la personnalité de

210 Voir F.-X. TESTU, *Répertoire civil*, V^o *Indivision* ; C. SAINT ALARY-HOUIN, *Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil*, RTDCom. 1979.645 ; Fr. CAPORAL, *Société et indivision*, RS. 1979.265 ; F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de sociétés civiles et de personnalité morale*, préf. J. PATARIN, Bibl. dr. priv. n^o 89, LGDJ 1968, passim ; Fl. DEBOISSY, G. WICKER, *La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux*, RTDCiv. 2000.225.

211 F. DELHAY, thèse précitée, n^o 19 sqq.

212 Il s'agissait donc d'indivisions conventionnelles par leur origine.

213 Colmar, 20 mars 1813, S. 1813.2.280.

214 Req., 30 novembre 1886, S.1887.1.401, rapport BALLOT-BEAUPRÉ, note J.-E. LABBÉ.

215 Voir Ch. DEMOLOMBE, *Traité des successions*, t. III, 1875, n^o 476.

216 Civ., 5 juillet 1922, S 1924.1.353, note H. SOLUS ; D. 1923.1.113, note H. CAPITANT.

217 Loi n^o 78-9 du 4 janvier 1978.

218 Loi n^o 76-1286 du 31 décembre 1976.

l'indivision avant même que de l'avoir posée²¹⁹. Le caractère volontaire de l'institution ne peut non plus être retenu car il existe de nombreuses indivisions volontaires. L'acquisition en commun d'un bien est une pratique courante notamment dans un but familial. Il s'agirait par ailleurs d'un critère formel et non substantiel. Il devient substantiel si l'on n'envisage plus le simple caractère volontaire de l'organisation, mais le contenu de la volonté. C'est la position de Madame Saint-Alary-Houin²²⁰. Cet auteur pense discerner le critère de distinction dans la volonté d'affecter les biens à une entreprise commune. En présence d'une telle volonté, il s'agirait d'une société ; en son absence, il s'agirait d'une indivision²²¹. Cette idée est proche de la notion de but. Aussi semble-t-il préférable de porter la réflexion sur ce terrain que l'on a déjà abordé à propos de la distinction entre la société et l'association. Cela constituera un test pour vérifier la cohérence de la position adoptée sur ce point.

118 Si le but de la société est le partage de bénéfices ou d'économie, quel est celui de l'indivision ? Il semble qu'il soit insaisissable confirmant l'idée *a priori* de la non-pertinence de la notion de spécialité en matière d'indivision. L'indivision serait une institution au but indéterminé. Lorsqu'elle est successorale elle tendrait au partage ; volontaire, elle permettrait la jouissance commune d'un bien... et entre ces diverses situations indivises il n'y aurait pas d'identité de but. Il est certain que l'idée de bénéfice est étrangère à l'institution²²², que celle d'économie ne semble pas lui être non plus essentielle. La conservation des biens indivis est sa principale utilité et c'est pour lui permettre de remplir cette mission que l'on en a réformé le régime juridique. L'indivision est un mode d'exercice de la propriété et le statut des biens en est l'aspect essentiel. L'organisation qui lui a été donnée apparaît comme s'y superposant. C'est cette organisation qui, elle, ne relève pas nécessairement du droit des biens qui a un but déterminé. Il semble que sa raison d'être se trouve dans la répartition non pas de bénéfices ni d'économies, mais de charges, les charges nécessaires à la conservation des biens. Il suffit de relire les dispositions du Code civil. Elles visent tout d'abord les actes qui visent à la conservation de la chose indivise²²³.

219 C'était pourtant la position de Demolombe : Ch. DEMOLOMBE, *Ibid.*

220 C. SAINT ALARY-HOUIN, article précité.

221 C. SAINT ALARY-HOUIN, article précité, n° 60.

222 Voir Civ., 22 novembre 1852, S. 1853.1.73.

223 Article 815-2 à 815-7. Aujourd'hui exploiter un bien est souvent un moyen de le conserver. Cela explique l'accroissement des pouvoirs de gestion active des indivisaires.

C'est dans un deuxième temps qu'elles règlent la jouissance des biens²²⁴, y compris la répartition des fruits. Ceux-ci sont d'ailleurs qualifiés de bénéfiques aux articles 815-10 et 815-11 du Code civil. Ainsi l'indivision peut non seulement réaliser des bénéfiques²²⁵, mais également les répartir entre ses membres. Cependant ils ne sont pas le but essentiel de l'institution et il n'est pas illicite d'organiser une indivision qui de par sa composition et l'utilisation des biens sera nécessairement déficitaire. Ce sera même souvent le cas lorsque les indivisaires jouissent personnellement des biens : des concubins qui ont acheté un appartement en commun, par exemple. Ce que l'on vient d'apprendre à propos de l'indivision va être confirmé par ce que l'on apprendra des autres copropriétés organisées.

119 Les copropriétés et les masses. Sous le terme de copropriété et de masse sont réunies des institutions qui ne sont pas à proprement parler des indivisions mais qui semblent avoir la même raison d'être. La masse des créanciers obligataires d'une société, la masse des créanciers d'un débiteur soumis à une procédure collective, le syndicat des copropriétaires dans un immeuble bâti existent pour permettre la conservation des droits de chacun par une répartition des charges²²⁶. Les unes tiennent à l'entretien de l'immeuble (le syndicat des copropriétaires d'un immeuble bâti), les autres aux poursuites contre un débiteur défaillant (l'organisation collective des créanciers d'une personne soumise à une procédure collective)²²⁷, d'autres encore tiennent à la défense des intérêts des créanciers (la masse des obligataires). Il y a donc un point commun entre ces institutions alors qu'elles ne sont pas toutes des modes d'organisation de la propriété. Elle constitue une même catégorie. Il existe bien sûr des différences. Ainsi la copropriété des immeubles bâtis porte-t-elle par définition sur des immeubles, alors que l'indivision peut porter également sur des meubles²²⁸. Certaines organisations répartissent des pertes²²⁹ entre leurs membres alors que d'autres répartissent des dépenses²³⁰. Une particularité de la répartition des charges dans la masse des

224 Article 815-9 sqq.

225 Ce que peut faire l'association.

226 On peut également en rapprocher les régimes matrimoniaux.

227 Les procédures collectives règlent également les paiements partiels du débiteur et répartissent la charge de son insolvabilité.

228 L'indivision peut également porter sur une universalité alors que la copropriété des immeubles bâtis ne peut porter que sur un immeuble ou un ensemble immobilier déterminé.

229 Il en est ainsi de l'organisation des procédures collectives qui réalisent une saisie collective dont le résultat sera en général un paiement partiel de la dette du débiteur qui y est soumis.

230 C'est le cas du groupement d'intérêt économique.

obligataires tient à ce qu'elles pèsent en partie sur la société elle-même : l'article L. 228-71 du Code de commerce met à la charge de la société les frais de convocation et de tenue des assemblées générales des obligataires. Les autres frais de gestion de la masse sont retenus sur les intérêts servis aux obligataires.

120 La profession et les professionnels. Les institutions de nature professionnelle ne posent aucun problème différent de ceux que l'on a résolus jusqu'à maintenant. Le syndicat apparaît comme une forme particulière d'association²³¹. Il poursuit cependant une fin d'une nature particulière : un but professionnel. Il ne peut avoir un but politique notamment, sous peine de disqualification. C'est la nullité qui a sanctionné les tentatives du Front National de créer des syndicats en raison de leur cause illicite²³² ; la Cour de cassation a cependant rappelé dans sa motivation qu'un syndicat professionnel ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques. Le syndicat ne connaît aucune limite géographique mais matérielle : il doit agir pour la défense des intérêts « de personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes, concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale ». Quant aux institutions représentatives du personnel, elles ont pour but la défense des intérêts des salariés, quelque soit leur profession, dans un cadre donné : l'établissement pour le comité d'établissement (articles L. 435-1 et L.435-2 C. trav.), l'entreprise pour les comités d'entreprise (article L. 431-1 C. trav. et L. 439-6 sqq. pour le comité d'entreprise européen), le groupe pour le comité de groupe (L. 439-1 C. trav.). La difficulté n'est pas plus grande en ce qui concerne le comité d'hygiène et de sécurité. Son but dans le cadre de l'établissement²³³ est lié à sa forme. Il est impossible de convenir que ce but sera poursuivi par un groupement relevant d'une autre catégorie d'institution²³⁴. Le but de ces institutions est professionnel et ne saurait être politique²³⁵.

121 Ces développements analytiques relatifs à la notion de spécialité et à son contenu dans les différentes institutions du droit

231 Voir l'article 809, 2° du Code général des impôts.

232 Il prônait des discriminations contraires à l'article L. 122-45 du Code du travail : CM., 10 avril 1998, J. MERLIN, *Liberté syndicale et spécialité syndicale*, D. Soc. 1998.565 ; JCP. E 1998, p. 1259, note M. MENJUCQ ; TPS. 1998, Comm. 249 et 250 obs. B. TEYSSIÉ ; JCP. G. 1999, I, 109, n° 15 et 17, obs. S. DARMAISIN.

233 Article L. 236-1 du Code du travail.

234 Sur les entreprises de moins de cinquante salariés : voir l'article L. 236-1 du Code du travail.

235 Voir en matière de contrôle de la régularité des actes d'un comité d'établissement : T. Civ. Seine, 3 juillet 1963, JCP 1963, II, 13448, conclusions Ph. SOULEAU.

privé ne sont pas exhaustifs. Il est temps cependant d'en récolter les fruits : il s'agit de comparer le résultat de ces recherches avec ce que l'on sait déjà de l'intérêt.

B) Distinction de la spécialité et de l'intérêt

122 Les deux notions sont souvent maniées en même temps. Ainsi Henri Souleau faisait-il de la spécialité le critère de l'intérêt afin de déterminer si la personne morale qui accepte une libéralité avec charges en est le bénéficiaire²³⁶. Parfois c'est dans la définition même de la spécialité que les auteurs font appel à la notion d'intérêt. C'est le cas de Bègue, par exemple²³⁷ et de Michoud avant lui²³⁸. Cette proximité ne rend pas la distinction aisée.

123 La comparaison des notions peut être menée sur plusieurs plans. On se placera d'abord sur le terrain de la méthodologie, puis l'aspect fonctionnel de la distinction sera abordé.

124 **Aspect méthodologique.** Jusqu'ici, les termes de principes et de notions ont été indifféremment utilisés pour désigner la spécialité. Ils ne sont cependant pas équivalents. La distinction présente une importance méthodologique et peut avoir des conséquences sur les rapports entre spécialité et intérêt. La nature de la spécialité a rarement été étudiée sous cet angle²³⁹. Les auteurs adoptent l'expression *principe* sans s'interroger sur son bien fondé²⁴⁰. Pourtant cette position a été critiquée efficacement par Monsieur Ferstembert²⁴¹. Le prétendu principe de spécialité ne présente pas une homogénéité suffisante pour être qualifié de principe²⁴². Il existe en réalité deux principes dont la spécialité est un élément clé : le premier est relatif à l'affectation des droits et le second à la limitation des buts²⁴³. En définitive, si l'on recourt à la notion de spécialité²⁴⁴, on n'applique pas un principe de spécialité. La notion de spécialité est contenue dans une norme, mais ne s'y identifie pas exactement. On retrouve une idée avancée lors de l'étude de l'intérêt comme standard. Ces notions sont juridiques, elles sont contenues dans la norme, mais

236 H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse dactyl., Paris 1969, n° 64.

237 F. BÈQUE, *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, thèse Grenoble, Imprimerie de la « Dépêche dauphinoise » 1908, p. 9.

238 L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 243.

239 Voir cependant J. FERSTEMBERT, thèse précitée, p. 730 sqq.

240 Par exemple : A. BALDOUS, *Le principe de spécialité en droit administratif français*, thèse Aix 1974.

241 J. FERSTEMBERT, thèse précitée, p. 730 sqq.

242 J. FERSTEMBERT, thèse précitée, p. 782 sqq.

243 J. FERSTEMBERT, thèse précitée, p. 196 sqq.

244 J. FERSTEMBERT, thèse précitée, p. 873 sqq.

ne sont pas la norme elle-même²⁴⁵. D'un point de vue méthodologique, intérêt et spécialité semblent proches. Une différence importante les sépare cependant sur ce terrain. La notion d'intérêt est un standard et présente pour cette raison une indétermination plus grande que la spécialité qui est une notion au contenu fixe, même s'il est parfois difficile à déterminer. Si la spécialité présentait les caractéristiques d'un standard, elle remplirait sa mission avec moins d'efficacité.

125 **Aspect fonctionnel.** La spécialité a deux fonctions principales : elle permet la qualification des personnes morales, d'une part, et le contrôle de certains actes, d'autre part. Sur le second point la comparaison ne permet pas de distinguer les notions car on sait que l'intérêt sert de critère d'évaluation de certains actes juridiques. Sur le premier point la spécialité semble avoir une précision moindre que celle de l'intérêt. L'étude de l'intérêt dans le droit des personnes morales de droit privé n'est pas encore achevée mais on peut déjà dire que l'intérêt permet de distinguer les individus et non les espèces. L'activité de l'organisation est un élément de la notion d'intérêt, alors qu'elle n'est pas prise en compte dans la spécialité légale. Les notions ne peuvent donc avoir les mêmes fonctions en matière de qualification. Le caractère concret de l'intérêt ne permet pas de déterminer les catégories juridiques nécessaires à toute opération de qualification. Ce sera au contraire par une comparaison de l'intérêt et de la spécialité que l'on pourra mener à bien cette opération intellectuelle. La comparaison des notions peut être menée également à partir de la cause. La spécialité en ce qu'elle permet la qualification des institutions peut être rapprochée de la notion de cause catégorique²⁴⁶. La cause et la notion d'intérêt sont proches mais on ne peut les assimiler. Cependant la réserve qui faisait écarter l'assimilation ne se présente plus lorsque l'on étudie la spécialité. La cause est une notion du droit des obligations qui épuise son rôle lors de la formation des actes juridiques, à la différence de l'intérêt qui continue à produire des effets durant l'exécution. La spécialité présente ce même caractère de permanence des effets après la formation de la situation juridique. Elle est, comme l'intérêt, non seulement une notion relative à la constitution des institutions juridiques mais également une notion clé de leur fonctionnement.

126 En définitive, la distinction des notions de spécialité et d'intérêt se manifeste sur deux points. Le premier est d'ordre

245 En sens contraire : F. BÈQUE, thèse précitée, p. 67 sq., pour qui la spécialité est une règle de droit.

246 En ce sens : F. BÈQUE, thèse précitée, p. 104 sqq.

méthodologique et tient à leur différence de nature. L'intérêt est un standard alors que la spécialité de par sa fonction a un contenu fixe et prédéterminé. Le second tient à une différence de définition : la spécialité, c'est la finalité de l'activité, alors que l'intérêt c'est l'activité finalisée, le lien entre l'activité et sa finalité. L'activité est appréhendée dans son aspect concret par l'intérêt. Elle ne l'est pas par la spécialité.

II Intérêt et objet statutaire

127 La distinction des notions d'intérêt et d'objet de la personne morale soulève moins de difficultés que celle de l'intérêt et de la spécialité. L'objet a pour avantage, par rapport à la spécialité, d'être une notion essentiellement du droit positif et non de la théorie du droit. Elle a suscité peu de débats²⁴⁷ et ceux-ci ont été de nature pratique et technique. C'est la notion même d'objet qui est plus facilement définissable (A). La distinction de l'objet et de l'intérêt en sera d'autant plus aisée (B).

A) La notion d'objet statutaire

128 **Nécessité de l'objet.** Toute personne morale a un objet. Le plus connu est l'objet des sociétés appelé objet social²⁴⁸. L'association doit également être pourvue d'un objet licite sous peine de nullité²⁴⁹. Institutions d'origine volontaire comme d'origine légale, toutes sont visées par une disposition qui leur impose d'avoir un objet. Aussi, lorsque l'on parle d'objet statutaire, ne limite-t-on pas l'étude aux organisations volontaires. Leur statut peut être un acte de nature légal et cela ne modifie pas substantiellement les données du problème. On doit admettre cependant que ce sont les organisations d'origine volontaire qui fourniront l'essentiel de la matière. Cela tient simplement au fait que lorsque l'on reconnaît un certain pouvoir à la volonté individuelle, les parties peuvent négliger d'épuiser la compétence qui leur est reconnue, ou encore être tentées d'en user à des fins condamnables. Pour l'essentiel, les conclusions de ces développements conserveront toute leur validité pour les organisations non volontaires.

129 Comme la spécialité, l'objet apparaît étroitement lié à la personnalité morale ; mais pas plus qu'elle, il ne lui est propre. Le lien qui impose à toute personne morale d'avoir un objet n'est pas

²⁴⁷ Voir Y. CHAPUT, *L'objet social*, thèse dactyl., Clermont-Ferrand 1973 ; *De la cause et/ou de l'objet de la société ?*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, PU de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand-LGDJ 2001, p. 25.

²⁴⁸ L'article 1833 du Code civil dispose qu'il doit être licite, ce qui implique qu'il existe.

²⁴⁹ Article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

réversible. Les groupements non personnifiés connaissent également l'exigence d'un objet licite²⁵⁰.

130 **Caractère essentiel de l'objet.** L'objet est un élément essentiel de l'organisation juridique des personnes morales. Il n'est guère envisageable qu'une société par exemple en soit dépourvue²⁵¹. De la même manière il est exclu qu'elle ait un objet universel²⁵². Cela serait l'équivalent d'une absence d'objet et conduirait à une confusion des activités sociales et individuelles que l'on cherche en principe à éviter lorsque l'on recourt à la personnalité morale.

131 Dans un nombre sans cesse plus important d'organisations, le législateur prend le parti de considérer l'activité exercée pour édicter une réglementation particulière. Ce phénomène a déjà été rencontré sous le nom de spécialisation. Il est particulièrement marqué en droit des sociétés mais ne lui est cependant pas propre. Pour de nombreuses organisations le législateur a prévu un type d'activité déterminée. Il ne s'agit que d'un type d'activité et non de l'activité elle-même sauf à adopter un système d'autorisation préalable à la création des personnes morales de droit privé dans lequel l'acte de l'autorité publique imposerait une activité précise à la nouvelle personne. Ce système n'est pas celui du droit français. La législation régit des catégories et non des individus. Il n'est pas toujours évident d'identifier le type d'activité que peut exercer une personne morale lorsque l'on porte son attention sur d'autres institutions que la société et l'association. Quelle est l'activité d'un comité d'entreprise par exemple ? Elle n'est pas de même nature que celle d'une société pourtant elle existe. Il s'agit aux termes des articles L. 431-4 et L. 432-8 du Code du travail d'assurer l'expression collective des salariés ainsi que de gérer ou de contrôler la gestion des activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise.

132 L'importance de l'objet pourrait sembler remise en cause. D'une part, l'objet social n'est plus opposable aux tiers dans les sociétés à responsabilité limitée²⁵³. D'autre part, les associés investisseurs semblent choisir la société dans laquelle ils placent leur argent en fonction de la rentabilité. Ces remarques ne sont que partiellement justes. S'il est vrai qu'à l'égard des tiers l'objet social a une portée

250 L'article 1833 du Code civil est applicable aux sociétés en participation (article 1871 du Code civil). Voir également Y. CHAPUT, thèse précitée, n° 20.

251 Voir cependant Y. CHAPUT, thèse précitée, n° 15 : l'objet social est de la nature de la société ; il n'est pas impossible de voir fonctionner des sociétés sans objet social dans leur statut.

252 Y. CHAPUT, thèse précitée, n° 25 sqq.

253 Articles L. 225-51 (SA) et L. 223-18 (SARL) du Code de commerce.

limitée dans les sociétés à responsabilité (SA et SARL), il conserve toute sa valeur dans les relations internes, notamment en matière de responsabilité civiles. Par ailleurs, on ne peut reprocher à un capitaliste de chercher la rentabilité des capitaux placés. Il semble même depuis quelques années que les sociétés cherchent à donner une image plus nette de leurs activités en se recentrant sur leurs métiers traditionnels²⁵⁴.

133 Le caractère essentiel de la notion se manifeste également à la disparition de l'organisation. La réalisation de l'objet est une cause de dissolution des sociétés²⁵⁵. La solution est valable pour toutes les personnes morales même si pour certaines elle peut paraître surprenante ; cela tient plus à la rédaction des statuts qui manifeste un idéalisme certain. Il en est ainsi des associations qui ont pour but la disparition de la pauvreté, du racisme et d'autres objectifs élevés qui seront toujours inaccessibles. Une hypothèse proche de la réalisation est l'extinction de l'objet²⁵⁶. Lorsqu'il devient impossible de le réaliser par suite de disparition d'un élément essentiel l'organisation qui n'a plus d'objet cesse d'exister. L'élément essentiel en question peut être matériel, lorsque l'immeuble géré par une société civile immobilière périt²⁵⁷ ; il peut être juridique lorsque le droit place l'objet hors du commerce. La notion d'objet paraît aussi essentielle au droit de la personnalité morale que la notion d'intérêt mais on verra que l'on ne peut réduire l'une à l'autre. Avant de confronter les notions, il est utile de préciser le contenu du premier terme de la comparaison.

134 **L'objet de la personne morale et les notions du droit des obligations.** L'objet statutaire des personnes morales a parfois été confondu avec d'autres notions qui relevaient du droit des obligations : la cause et l'objet. Les raisons de ces erreurs sont pour la plupart particulières à chaque notion, mais il en est une de commune. La conception individualiste du droit a conduit la doctrine à voir dans le contrat le modèle de toute régulation, même lorsque les aspects collectifs devenaient dominants. C'est donc naturellement qu'elle a considéré que l'objet de la société était l'objet du contrat de société ou de l'obligation des associés, ou qu'elle a, consciente de ce que cette première approche était erronée, assimilé objet de la société et cause.

254 Ph. BISSARA, *L'intérêt social*, RS. 1999.4.

255 Article 1844-7 du Code civil. Voir Y. CHAPUT, thèse précitée, n° 75 bis.

256 Voir l'article 1844-7 du Code civil.

257 Voir cependant dans la même situation l'option qui est ouverte aux membres d'un syndicat de copropriétaires : article 38 de la loi du 10 juillet 1965. Ils peuvent décider à la majorité de reconstruire l'immeuble.

Cette démarche ne met pas en évidence le particularisme des actes de constitution des personnes morales²⁵⁸.

135 L'objet de la personne morale et les notions du droit des obligations : l'objet du contrat. La distinction de l'objet dans le droit de la personnalité morale et de l'objet dans celui des obligations est obscurcie par l'incertitude qui règne dans la terminologie du Code civil. Il traite indifféremment de l'objet de l'obligation²⁵⁹ et de l'objet du contrat²⁶⁰. Il est vrai qu'en définitive le Code ne traite que de l'objet de l'obligation²⁶¹. Cependant la doctrine s'est saisie de la notion d'objet du contrat pour en faire une notion autonome qui désigne l'opération globale que les parties ont en vue²⁶². La confusion avec l'objet de l'obligation s'explique aisément d'un point de vue historique. Dans la société, Pothier considérait que l'objet de l'obligation de l'associé consistait en la réalisation de son apport²⁶³. L'assimilation était dès lors facile entre les biens apportés et l'exploitation de ceux-ci : entre l'objet de l'obligation de l'associé et l'activité sociale. Aujourd'hui il n'est plus possible de faire une telle confusion alors qu'une grande partie des apports a lieu en numéraire ; si les sommes apportées sont bien affectées à l'exploitation il est impossible de dire qu'elles sont elles même exploitées comme le serait un fonds de commerce. La distinction de l'apport et de l'exploitation dont il fait l'objet est devenue évidente. Ne peut-on tenter alors d'assimiler l'objet statutaire à l'objet du contrat entendu comme l'opération que les parties ont en vue ?

136 La doctrine n'est pas unanime lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'il faut entendre par objet du contrat appliqué aux actes créateurs de personnes morales. On connaît déjà l'opinion de Monsieur Overstake²⁶⁴. Une observation suffira ici. Si l'on considère le transfert de propriété comme l'objet du contrat de société et la prestation de service comme celui du contrat d'association il est alors impossible de le confondre avec l'objet statutaire de la personne morale. La tâche serait cependant trop facile si on s'arrêtait à cette seule position. D'autres auteurs ont une opinion différente de l'objet du contrat. Ainsi Messieurs Terré, Simler et Lequette qui le définissent

258 Voir ci-dessous, n°484 sqq.

259 Articles 1129 et 1130 du Code civil.

260 Articles 1126 à 1128 du Code civil.

261 Fidèle à son modèle conceptuel qui est la *stipulatio* romaine.

262 Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 304.

263 Œuvres de Pothier, précité, t. IV, *Traité du contrat de société*, n° 8.

264 J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, *Bibl. dr. priv.* n° 91, LGDJ 1969, p.131 sqq. Voir ci-dessus, n° 149.

comme « l'opération juridique envisagée dans sa globalité »²⁶⁵ et trouvent la principale utilité de la notion en matière de convention-organisation. Ces auteurs l'assimilent expressément à l'objet social en droit des sociétés²⁶⁶ : « dans le contrat de société , s'ajoute aux obligations de mettre à la disposition de la société l'apport que chacun des associés a promis, la création d'une personne morale qui se propose d'exercer un certain type d'activité »²⁶⁷. Cette affirmation ne semble pas pouvoir être admise pour deux raisons. D'une part, elle fait référence aux seules sociétés dotées de la personnalité morale, alors que la notion d'objet social ne perd pas sa pertinence en matière de sociétés en participation notamment. D'autre part, la référence à l'activité dans le cadre du contrat semble erronée. L'activité que les associés ont en vue n'est pas nécessairement une opération juridique et ne correspond donc pas à la conception que ces auteurs retiennent de l'objet du contrat. L'activité de la société peut rendre nécessaire des actes juridiques, ce sera même souvent le cas, mais ils ne sont pas envisagés comme objet du contrat. Elle présente un caractère matériel accusé ; l'aspect juridique reste secondaire. S'il existe un objet du contrat et si cette notion s'applique en matière d'actes de création de personnes morales il faut plutôt le chercher dans l'organisation que les statuts mettent en place. L'opération est de nature juridique en ce qu'elle consiste en une attribution de pouvoirs finalisés, en une affectation de biens à une utilisation déterminée... Cette conception semble être la seule qui respecte la définition de l'objet du contrat adoptée en doctrine. Il convient cependant de remarquer que l'utilité de la notion n'apparaît plus clairement ; le contrôle de la licéité de l'opération reste possible mais l'illicéité sera fort rare et semble pouvoir être sanctionnée sur d'autres fondements plus sûrs. La notion d'objet du contrat n'est pas une notion utile dans le droit de la personnalité morale. Si l'on se rappelle que la notion est essentiellement doctrinale, malgré la présence de la formule dans le Code civil, où elle désigne en réalité l'objet de l'obligation, sa disparition du discours juridique serait souhaitable.

137 **L'objet et les notions du droit des obligations : la cause.**

C'est la supériorité de la notion de cause de ne pouvoir subir le même sort en raison de son caractère positif certain. Cela permet de distinguer plus sûrement les notions. Pourtant la thèse de l'assimilation de l'objet et de la cause a eu des défenseurs dont Thaller

265 Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., n° 304.

266 Tout en le distinguant de l'objet statutaire.

267 Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, ibid.

et Pic²⁶⁸. La doctrine moderne s'accorde pour rejeter cette position²⁶⁹. La différence apparaît clairement en droit des sociétés où l'objet peut être licite alors que la cause est illicite²⁷⁰. De la même manière l'objet peut exister en l'absence de cause²⁷¹. Il arrive également que les notions se recoupent. Ainsi lorsque l'objet social est illicite il constitue le plus souvent la cause de la société²⁷². En dehors du droit des sociétés, bien que licite, l'objet de la personne morale peut être également la cause de l'acte de sa création²⁷³, notamment en matière d'associations. Dans ces deux situations il n'y a cependant pas confusion des notions. L'objet social est l'activité alors que la cause est la perspective de cette activité. L'objet d'une personne morale sera parfois la cause de l'acte qui la crée, sans que les notions soient assimilées. Chacune conservera ses caractères propres et ses fonctions. Notamment la cause ne produira d'effet que lors de la création de la situation juridique alors que l'objet conservera un rôle tout au long de la vie de l'organisation. Il pourra être modifié dans certaines conditions alors que la cause est déterminée une fois pour toute.

138 Objet et activité. On a déjà rencontré la notion d'activité à plusieurs reprises, soit pour remarquer que la spécialité n'y faisait pas référence, soit pour commencer à définir l'objet statutaire. C'est ce second aspect, positif, qu'il faut développer maintenant. Le droit moderne de la personnalité morale²⁷⁴ accorderait un rôle central à la notion d'activité. Elle est entendue de manière fort large puisqu'il faut y inclure la liquidation²⁷⁵. La doctrine est unanime pour définir l'objet par rapport à l'activité de la personne morale²⁷⁶. Pour Monsieur Chaput, « on doit entendre par objet social, l'ensemble des activités déterminées par le pacte social, qu'une société peut exercer »²⁷⁷. La jurisprudence lie également poursuite d'une activité et objet de la personne morale²⁷⁸. La définition de la notion présente donc peu de difficultés. Cependant une remarque relative à la distinction de l'objet

268 Ed. THALLER, *Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des sociétés commerciales*, par P. PIC, t. I, 2^{ème} éd., Rousseau 1925, n° 420.

269 Voir Y. CHAPUT, thèse précitée, n° 10 sqq.

270 Com., 19 janvier 1970, BC., IV, n° 270, D. 1970.480, note G. POULAIN ; RTDCom.1970.736.

271 Civ. II, 27 octobre 1971, BC., II, n°289.

272 Y. CHAPUT, thèse précitée, n° 13.

273 Ibid.

274 Voir J. PAILLUSSEAU, *Le Droit moderne de la personnalité morale*, RTDCiv. 1993.705.

275 Voir 1844-8 alinéa 3 du Code civil. Voir également J. PAILLUSSEAU, article précité.

276 R. MICHA-GOUDET, *Objet social, notion et influence sur la condition juridique de la société, J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 9-10, n°5.

277 Y. CHAPUT, thèse précitée, n° 21 bis.

statutaire et de l'objet réel peut être formulée. Les auteurs distinguent les deux approches de la notion en réservant le terme d'objet statutaire à l'activité prévue aux statuts et celui d'activité sociale, ou d'objet réel, à l'activité réellement exercée²⁷⁹. La distinction répond au souci de ne pas permettre l'exercice d'une activité illicite²⁸⁰ sous le couvert d'une organisation dont les statuts ne laissent pas déceler l'illicéité. Pour cela, il est apparu nécessaire à certains auteurs de faire prévaloir l'activité réelle sur celle affichée par les actes fondateurs. Cependant le droit communautaire semble ne pas permettre une telle prise en compte de l'objet réel en matière de société et inviter les législateurs nationaux à ne considérer que l'activité définie aux statuts²⁸¹. L'objet est en définitive l'activité assignée à la personne morale : celle qui peut être exercée mais également celle qui doit être exercée.

139 Le particularisme de la notion d'objet de la personne morale au regard du droit des obligations est comparable à celui de l'intérêt. Il vient de ce que les institutions personnifiées ne génèrent pas essentiellement des obligations mais une organisation. Il faut poursuivre le travail de définition de la notion d'intérêt en la comparant maintenant à la notion d'objet que l'on vient de préciser.

B) Distinction de l'objet statutaire et de l'intérêt

140 La comparaison de l'objet et de l'intérêt conduit à distinguer les notions. La distinction est cependant parfois obscurcie par la polysémie du terme *objet* sur laquelle il faut revenir tout d'abord. Une fois cette précision apportée on examinera, d'une part, les situations où la distinction est la plus facile : lorsqu'il apparaît qu'une même activité peut être exercée dans des buts différents ; et, d'autre part, les situations où la tâche est plus ardue en raison de l'inclusion de l'intérêt dans l'objet.

141 **Les sens de l'objet.** La polysémie du mot *objet* est évidente. Elle peut ne pas sembler gênante dans la mesure où tous les sens du mot indiqués au Vocabulaire Cornu se rapportent à l'idée d'un

278 Voir par exemple : Com., 21 janvier 1997, BC. IV, n° 25, Q.J. 25 février 1997, note P.M., JCP E 1997, II, 936 ; RTDCom. 1997.469, obs. B. PETIT, Y. REINHARD ; RDBB. mars-avril 1997, p. 69, obs. M. GERMAIN, M.-A. FRISON-ROCHE.

279 M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 14^{ème} éd., Litec 2001, n° 119 ; Y. CHAPUT, thèse précitée, n° 23-24.

280 Sur la légitimité de l'activité : J. PAILLUSSEAU, article précité.

281 CJCE., 13 novembre 1990, Marleasing, Rec. p. 4135 ; RS. 1991.532, note Y. CHAPUT ; JCP. E. 1991, I, 67, obs. F. SERRAS ; JCP. E. 1991, II, 156, note P. LEVEL ; B. SAINTOURENS, *Les causes des nullités des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes*, B. Joly 1991, § 41 et § 59.

Un intérêt juridique

avantage matériel²⁸². Cet avantage est parfois présent et d'autres fois à venir et l'objet n'est pas le même selon le sens que l'on retient ; il est la chose dans sa matérialité ou la fin que l'on poursuit²⁸³. Dans cette seconde hypothèse il est l'objectif plus que l'objet. Cette dualité de sens ne semble pas avoir de conséquence le plus souvent. Elle est cependant à l'origine de confusions dans le droit de la personnalité morale. Lorsqu'un texte traite de l'objet d'une personne morale il peut viser son activité comme son but. Seule relève de la notion d'objet statutaire l'activité ; la finalité relève de la spécialité. Parmi les textes qui font référence à l'objet on peut citer :

- L'article L. 322-6 du Code rural qui dispose que le groupement foncier agricole « a pour objet soit la création ou la conservation d'une ou plusieurs exploitations agricoles soit l'une ou l'autre de ces opérations... »
- L'article L. 214-50 du Code monétaire et financier qui dispose que les sociétés civiles de placement immobilier ont pour objet exclusif l'acquisition et la gestion d'un patrimoine immobilier locatif ».
- L'article 1^{er} du décret n° 94-680 du 3 août 1994 qui régit les sociétés « dont l'objet social est l'exercice en commun de la profession de médecin ».

142 On peut remarquer que ces dispositions déterminent le domaine d'application d'un texte en fonction de l'objet des sociétés mais ne déterminent pas elles même cet objet. Font au contraire référence à l'objectif, au but poursuivi :

- L'article 1^{er} de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 qui dispose que « les coopératives sont des sociétés dont les objets essentiels sont : De réduire, au bénéfice de leurs membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente de certains produits ou de certains services, en assumant les fonctions d'entrepreneurs ou d'intermédiaires dont la rémunération grèverait ce prix de revient ; d'améliorer la qualité marchande des produits fournis à leurs membres ou de ceux produits par ces derniers et livrés aux consommateurs. Et plus généralement de contribuer à la satisfaction des besoins et à la promotion des activités économiques et sociales de leurs membres ainsi qu'à leur formation. ».
- L'article 3 du décret n° 65-920 du 2 novembre 1965 qui dispose que « les coopératives de médecin ont pour objet exclusif de faciliter

282 *Vocabulaire Cornu, V° Objet.*

283 Voir notamment en matière de procédure *Vocabulaire Cornu, V° Objet du litige.*

l'exercice de la profession de leurs membres par la mise en commun de tous moyens utiles à cet exercice »²⁸⁴.

Ces exemples permettent de confirmer ce que l'on a affirmé à propos de la spécialité. Cette notion ne contient aucune référence à l'activité, seul l'objet de la personne morale permet de déterminer son activité. Ce premier point acquis permet de préciser ce qui sépare l'objet de l'intérêt.

143 L'activité et sa finalité. Si l'objet est l'ensemble des activités que peut exercer une personne morale, il s'agit d'activités qui ne sont pas finalisées. Aussi une même activité peut-elle être exercée dans des buts différents. A titre d'exemple, on peut envisager l'activité d'agence de voyage. Cette activité est aussi bien exercée par des sociétés que par des associations. La diversité des formes d'exploitation d'une entreprise de ce type est prise en compte par le législateur qui a prévu des règles particulières lorsque les prestations sont fournies par une association ou un organisme sans but lucratif²⁸⁵. Les exemples sont nombreux qui illustrent cette idée. Cette différence de finalité²⁸⁶ a pour conséquence de modifier la nature de l'intérêt poursuivi. Intérêt et spécialité, bien que proches, restent distincts. L'intérêt se rapproche de la spécialité en ce qu'il est une fin, mais il s'en distingue en ce qu'il est une notion concrète qui inclut une référence à l'activité. Par conséquent, lorsqu'il y a une modification de la finalité l'intérêt est affecté et cela est vrai alors que l'objet reste le même. Des premières variations, il est ressorti que l'intérêt était séparé de la spécialité par la référence à l'activité ; il apparaît maintenant qu'il se distingue de l'objet de la personne morale par son caractère téléologique. Cette affirmation semble pourtant contredite par la présence de l'intérêt dans des dispositions relatives à l'objet des organisations.

144 L'intérêt dans l'objet. Certaines personnes morales ont pour objet la défense ou la représentation d'intérêts. La question se pose alors de déterminer s'il s'agit bien de l'intérêt de la personne morale ou s'il s'agit d'un intérêt distinct. La référence faite à l'intérêt dans l'objet est-elle génératrice d'un intérêt propre de la personne morale ? L'enjeu est considérable car il existe de nombreuses hypothèses de références de ce type. L'intérêt est parfois contenu

²⁸⁴ Cette disposition semble proche de celle citée plus haut pour illustrer les dispositions relatives à l'objet au sens d'activité. pourtant ce n'est pas l'activité qui est envisagée dans le décret de 1969 mais ce qui est propre à la facilité : c'est un but qu'il s'agit d'atteindre.

²⁸⁵ Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992, articles 7 et suivants.

²⁸⁶ Le terme *finalité* est employé, ici, comme synonyme de *spécialité*.

dans une disposition statutaire d'origine volontaire. La loi prend parfois en compte ces stipulations pour régir certaines institutions, notamment en matière d'associations. Les associations qui ont « pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs » par exemple bénéficient d'un régime de faveur lorsqu'elles agissent en justice²⁸⁷. La référence à l'intérêt a parfois une origine législative directe. Les syndicats ont « pour objet l'étude et la défense des droits et des intérêts matériels et moraux tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts »²⁸⁸. La référence à l'intérêt dans l'objet ne modifie pas la nature de l'objet ; il demeure l'activité de la personne morale et ne devient pas finalisé pour autant. La confirmation de cette idée se trouve dans la jurisprudence qui déclare irrecevable l'action d'associations qui se sont données pour objet la défense d'intérêts déterminés²⁸⁹. Elles sont déclarées sans intérêt et sans qualité pour agir. L'intérêt à agir ne peut être déterminé par rapport à l'objet de la personne morale ; il ne peut l'être qu'au regard de son intérêt propre. Cela justifie l'exigence d'une habilitation législative pour pallier ce défaut d'intérêt et de qualité. Peut être interprétée dans le même sens la jurisprudence qui, en présence d'une habilitation déclare l'association recevable comme ayant qualité pour agir ce qui implique qu'elle n'a pas d'intérêt personnel à l'action car celui-ci aurait suffi pour rendre l'action recevable²⁹⁰.

145 La distinction dans la jurisprudence relative à l'abus de biens sociaux. Le délit d'abus de biens sociaux est constitué lorsque des dirigeants ont fait « de mauvaise foi..., 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 »²⁹¹. L'atteinte à l'intérêt de la société est un élément essentiel de l'infraction. Il serait intéressant dans notre recherche de savoir si l'on peut assimiler intérêt social et objet social lorsqu'il s'agit de réprimer les abus de biens sociaux. Autrement dit, la méconnaissance de l'objet social constitue-t-elle l'atteinte à l'intérêt social visé par les textes ? La jurisprudence a eu l'occasion de statuer sur ce point et elle a fourni une réponse négative. Ainsi, bien qu'étrangère à l'objet social, l'utilisation de fonds de la société pour

287 Article L. 421-1 du Code de la consommation.

288 Article L. 411-1 du Code du travail.

289 Voir ci-dessous : n° 299 sqq., n° 405 sqq., n° 971 sqq.

290 Sur cette jurisprudence : voir ci-dessous, n° 408 sqq.

291 Voir notamment les articles L. 241-3 (SARL) et L. 242-6 (SA) du Code de commerce.

payer l'amende d'un salarié ne constitue pas un abus de biens sociaux s'il existait des risques réels de grève²⁹². La solution se justifie cependant autant par l'absence d'intérêt personnel des dirigeants que par l'absence de violation de l'intérêt social. Plus net est un arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 1996²⁹³. Un mandataire social avait fait participer la société qu'il dirigeait, dans des sociétés civiles immobilières afin de leur faire acquérir des appartements destinés à le loger ainsi que sa mère. Condamné par une Cour d'appel, il s'est pourvu en cassation. La décision de condamnation est cassée au motif qu'en ne recherchant pas en quoi l'acquisition de parts représentatives de droits immobiliers était contraire à l'intérêt social, les juges du fond n'ont pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision. Il était certain en l'espèce et cela n'était pas contesté, que les opérations ne rentraient pas dans l'objet de la société. Il n'était pas établi cependant qu'elles étaient contraires à l'intérêt social : la seule atteinte à l'objet social ne peut constituer une violation de l'intérêt de la société. Cela implique que les notions sont distinctes. L'incrimination d'abus de biens sociaux « n'est pas destinée à garantir la conformité de la gestion à l'objet social, mais à assurer le respect de l'intérêt social, notion distincte »²⁹⁴.

146 L'intérêt et l'idée institutionnelle. L'idée est une notion clé de la théorie institutionnelle : « l'institution, c'est l'être d'une idée »²⁹⁵. Il s'agit d'une notion purement doctrinale qui n'a de valeur explicative que celle que l'on veut bien reconnaître à la théorie qui l'a engendrée. Lorsque les auteurs envisagent la distinction de l'idée et de la spécialité leur réponse est simple : il n'y a pas à distinguer²⁹⁶. Affirmer que l'institution « est une idée en marche »²⁹⁷, c'est, pour Renard, faire apparaître la supériorité de l'être humain sur l'institution. Le propre de l'homme est de ne pas obéir à une seule idée mais d'avoir un champ d'activité étendu et qu'il détermine lui-même. Toujours selon Renard, « La traduction juridique de cette infériorité vis-à-vis de la personnalité, c'est le principe de la spécialité »²⁹⁸.

292 Rouen, 13 mars 1997, Bull. Joly 1997, § 377, note J.-F. BARBIÉRI.

293 Crim., 24 octobre 1996 ; Dr. Pén. 1997, Comm. 41, note J. H. ROBERT ; JCP. G 1997, I, 4012, n° 14, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Bull. Joly 1997. 201, § 75, note J.-F. BARBIÉRI.

294 J.-F. BARBIÉRI, note sous Rouen, 13 mars 1997, précité.

295 Voir M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., Sirey 1910, p. 123 sqq.

296 En ce sens : G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Sirey 1930, p. 235 sqq.

297 Ibid.

298 Ibid.

Cependant la pensée institutionnelle se veut proche de la vie réelle et ne conçoit pas la spécialité comme elle l'est en droit privé. L'idée est liée à la conception de la spécialité qui inclut l'activité dans sa définition. Le plus souvent l'idée apparaît comme intangible²⁹⁹ et se distingue ainsi de l'objet qui peut être modifié par la majorité³⁰⁰. Il est impossible de l'assimiler à l'une ou l'autre de ces notions. Peut-elle être alors rapprocher de l'intérêt ? Cela semble séduisant dans la mesure où l'idée remplit dans la théorie de l'institution le rôle que remplit l'intérêt dans la théorie de la réalité³⁰¹ : elles sont le fondement de l'institutionnalisation dans l'une et de la personnification dans l'autre³⁰². Cependant si le rapprochement est légitime il est préférable de s'en tenir à la notion d'intérêt qui est de droit positif, alors que la notion d'idée relève de la seule théorie du droit et même de la seule théorie institutionnelle. La théorie de l'institution est plus sentimentale que juridique, ce qui la conduit à des confusions critiquables.

147 **Conclusion.** L'intérêt se distingue de la spécialité, car il inclut une référence à l'activité. Il n'est pas non plus assimilable à l'objet de la personne morale car il présente un caractère téléologique. L'intérêt, c'est l'activité finalisée³⁰³, ou encore la poursuite d'un but par des moyens déterminés. Comme dans le droit des obligations l'intérêt est le lien entre ce qui est subjectif et ce qui est objectif : entre la finalité et l'activité. Si l'on modifie de manière significative l'un des deux termes, la relation est également affectée. Le lien est très étroit lorsque l'exercice d'une activité est le but de l'organisation. Tel est le cas des comités sociaux, par exemple. Il est toujours possible de distinguer une activité et une spécialité et leur contenu ne sera pas le même. L'objet, c'est l'activité de la personne morale ; il s'agit d'une notion concrète. La spécialité, c'est la finalité de la personne morale ; il s'agit d'une notion abstraite. Parmi les comités du droit du travail, on peut prendre l'exemple du comité d'entreprise et parmi les actes juridiques une libéralité portant sur un immeuble avec une charge en faveur des salariés d'une entreprise autre que celle au sein de laquelle

299 Voir S. VAISSE, *La loi de la majorité dans la société anonyme (Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme)*, thèse dactyl., Paris 1967, p. 230.

300 S. VAISSE, thèse précitée, p. 230.

301 Comparer avec L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 45 sqq. ; le rapprochement est opéré par Hauriou lui-même : M. HAURIOU, op. cit., p. 283.

302 Toute institution n'accède pas à la personnalité juridique : M. HAURIOU, op. cit., p. 109 et p. 252 sqq.

303 Sur le rapprochement entre activité finalisée et intérêt : J. PAILLUSSEAU, *Le Droit moderne de la personnalité morale*, RTDCiv. 1993.705.

Un intérêt juridique

a été créé le comité en cause. La spécialité sera respectée puisque l'immeuble devra bénéficier aux salariés par exemple dans le cadre des activités sociales et culturelles. Pourtant l'objet sera méconnu dans la mesure où les salariés bénéficiaires ne peuvent être ceux de n'importe quelle entreprise. Seuls les salariés de l'entreprise au sein de laquelle le comité a été créé sont représentés par celui-ci et bénéficient de son activité. Dans ces hypothèses la spécialité, notion abstraite et à caractère téléologique, apparaîtra plus large que l'objet, notion concrète.

148 Les notions de spécialité et d'objet de la personne morale présentent pour le moment un caractère essentiellement théorique. Elles sont apparues à l'occasion d'une étude théorique de la notion d'intérêt. Lorsque celle-ci sera achevée on pourra les manier avec sûreté pour en tirer des conséquences non seulement théoriques mais aussi pratiques³⁰⁴. Cela implique cependant qu'il existe un intérêt spécifique de la personne morale.

304 Sur la spécialité et la capacité : voir ci-dessous, n° 717 sqq.

Chapitre II Un intérêt spécifique

149 Après avoir étudié la place de l'intérêt de la personne morale dans le discours juridique, il est nécessaire de préciser sa situation au regard des autres intérêts qui existent en droit positif. Lorsque l'on traite de la distinction de l'intérêt de la personne morale et des intérêts qui se manifestent en son sein, c'est à l'intérêt des membres que l'on pense en premier lieu (section I). Cependant cette démarche doit être nuancée et complétée. Elle doit être nuancée car il existe des personnes morales qui n'ont pas de membres ; elle doit être complétée car il ne faut pas négliger la distinction de l'intérêt de la personne morale et de ses organes dirigeants (section II).

Section I intérêt de la personne morale et intérêt des membres

150 La question de la distinction de l'intérêt de la personne morale et de ses membres pourrait être résolue rapidement au seul constat qu'il existe des organisations personnifiées qui n'ont aucun membre. L'existence d'une catégorie d'individus qualifiés membres n'est pas de l'essence du concept de la personnalité morale. Il a parfois été contesté qu'une même théorie puisse rendre compte des deux types d'institutions³⁰⁵. On ne peut négliger la question de la distinction de l'intérêt de la personne morale et de celui de ses membres, lorsqu'il en existe³⁰⁶. Il faudra procéder à la première variation sur la personnalité morale tout en poursuivant les variations sur l'intérêt. La détermination des membres (§ 1) précède logiquement la distinction des intérêts (§ 2).

§ 1 L'existence de membres de la personne morale

151 Il n'y a aucun lien nécessaire entre la personnalité morale et l'existence de membres : toute personne morale n'est pas un groupement de personnes (A). Et lorsqu'il en existe leur détermination n'est pas toujours aisée (B).

A) L'absence de nécessité

152 **Existence de personnes morales avec des membres.** La société et l'association sont des groupements de personnes. Elles comprennent une pluralité de membres. La pluralité commence à deux et ne connaît en principe aucune limite juridique. Aux termes de la loi de 1901, « l'association est la convention par laquelle deux ou

305 Voir A. DAVID, *La vie des fondations*, RTDCiv. 1959.665, n° 4, pour qui une même théorie ne peut expliquer la personne collective et la fondation.

306 Même lorsqu'il n'y a pas de membre au sens strict, il n'est pas exclu qu'il existe des individus intéressés dont la situation est comparable à celle des membres de groupements : voir ci-dessous, n° 505.

plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que celui de partager des bénéfices »³⁰⁷. De même, en principe, une société comprend au moins deux associés. Parfois cependant un nombre supérieur est exigé par la loi notamment en matière de société anonyme (SA)³⁰⁸. Il est rare en revanche qu'un maximum soit fixé. C'est le cas de la société à responsabilité limitée (SARL) dont le nombre d'associés ne peut dépasser cinquante³⁰⁹. Au regard de ces situations, les plus fréquentes, la tentation est grande de conclure que la pluralité de membres est essentielle à la personnalité morale, mais il n'en est rien.

153 Existence de personnes morales avec un membre. Il a longtemps été admis que la société était par essence un groupement de personnes. Cette nécessité tenait au terme même qui renvoyait à l'idée d'association, de compagnie³¹⁰ : il est absurde d'imaginer de s'associer seul, avec soi-même. Le législateur n'a cependant pas reculé devant ce qui est absurde d'après le sens commun en reconnaissant une forme de SARL unipersonnelle qu'il a dénommée prudemment Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL)³¹¹. Elle comprend un associé unique³¹² et a la personnalité morale comme toutes les SARL. Plus récemment le législateur a permis la création de sociétés d'exercice libéral et de sociétés par actions simplifiées unipersonnelles³¹³. La pluralité de membres n'est donc pas de l'essence du concept de personnalité morale³¹⁴. Peut être faut-il au moins l'unité ? La réponse est encore négative, puisqu'il existe effectivement des personnes morales sans membre.

154 Existence de personne morale sans membre. Le droit public connaît la distinction des personnes morales fondatives et des personnes morales corporatives³¹⁵; les unes existent sans membre alors que les autres trouvent leur substance dans un groupement humain. La même idée se retrouve en droit privé, même s'il est évident

307 Article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901.

308 Article L. 225-1 du Code de commerce.

309 Article 223-3 du Code de commerce.

310 *Vocabulaire Cornu*, V^o Société.

311 Loi n^o 85-697 du 11 juillet 1985. Voir J. PAILLUSSEAU, *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, JCP. 1986, I, 3242.

312 Article L. 223-1 du Code de commerce.

313 Pour les SEL. : article 31 de la loi n^o 99-515 du 23 juin 1999 ; pour la SAS. : article 3 de la loi n^o 99-587 du 12 juillet 1999.

314 Voir encore l'article 1844-5 du Code civil applicable à toutes formes de sociétés, qui écarte la dissolution de plein droit en cas de réunion de toutes les parts en une seule main.

315 L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n^o 75 sqq.

que le rapport est moins équilibré entre les deux catégories qu'en droit public. Seules la fondation et la fondation d'entreprise peuvent en principe se constituer et fonctionner sans membre. Une fondation particulière et unique en son genre admet des adhérents : la fondation du patrimoine créée par la loi n° 96-590 du 2 juillet 1996³¹⁶. Les fondations ont la personnalité morale³¹⁷ alors qu'elles ne sont pas des groupements de personnes. Il est par ailleurs exclu que les biens affectés à l'œuvre d'intérêt général constituent un équivalent de la réunion de personnes comme pourrait le laisser croire la fausse symétrie des expressions groupement de personnes et groupement de biens. De même il est impossible de considérer les fondateurs comme des membres car leur rôle n'est pas nécessairement permanent ; ils peuvent s'effacer définitivement après la création de la fondation. Il n'existe aucun membre dans les fondations alors qu'elles ont la personnalité morale.

155 Existence de membres et essence de la personnalité morale. Ces observations permettent de conclure que le concept de personnalité morale n'est pas essentiellement lié à l'idée de groupement puisqu'il existe des institutions personnifiées qui n'ont qu'un seul voire aucun membre. Si l'absence de pluralité est apparue nouvelle en ce qui concerne l'EURL c'est en raison du cadre sociétaire dans lequel est intervenue cette création législative : c'est la reconnaissance d'une société unipersonnelle qui est apparue comme une nouveauté, non celle d'une personne morale unipersonnelle. Le choc subi par la doctrine à cette occasion s'explique par la domination du modèle sociétaire dès qu'il est question de personnalité morale alors que la variété des institutions que recouvre le concept est beaucoup plus grande que l'on ne pense.

156 On a opéré ici la première variation sur la personnalité morale. Dans la recherche de son essence, l'existence de membres ne peut être retenue³¹⁸. On ne peut par ailleurs faire de la société le modèle de la personne morale dans la mesure où certaines solutions que l'on attache à la personnalité morale sont peut-être uniquement liées à la société en tant que groupement. Cependant si l'existence de membres n'a pas l'importance que l'on pouvait pressentir, il n'est pas

316 Article 22 de la loi, JCP. 1996, III, 68043.

317 Dès lors qu'elles sont créées pour être autonomes et non par une libéralité avec charge pour être abritées par une personne morale préexistante telle la Fondation de France. Elles doivent également avoir obtenu la reconnaissance d'utilité publique : article 18 de la loi du 23 juillet 1987.

318 En ce sens : V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, op. cit., n° 204 et n° 522.

inutile de déterminer qui ils sont lorsqu'ils existent. Il sera nécessaire de savoir quels sont les titulaires des intérêts que l'on comparera à ceux de la personne morale.

B) La détermination des membres

157 Au problème de la détermination exacte du contenu de la catégorie juridique des membres d'une personne morale s'ajoute celui de l'unité de la catégorie. Il a parfois été contesté que tous les membres soient dans une situation identique : c'est le problème de l'homogénéité du groupement.

1) L'identification des membres

158 Pour déterminer qui est membre d'un groupement, il faut avoir une idée précise de ce que recouvre la notion juridique de membre dans chaque groupement. L'étude a été menée en droit des sociétés par Monsieur Viandier à propos de la notion d'associé³¹⁹. Le plus souvent, la question a été ignorée, alors qu'elle a parfois une grande importance dans le débat relatif à la personnalité de certains groupements. Il a été tiré argument de l'absence de frontière fixe de la famille, par exemple, pour lui refuser la personnalité morale. Déterminer les limites du groupement, c'est lever un obstacle à sa personnification.

159 **L'associé en droit des sociétés.** Le Vocabulaire Cornu définit l'associé comme le « membre d'un groupement constitué sous forme de société dont les droits essentiels consistent à participer aux bénéfices, à concourir au fonctionnement de la société, à être informé de la marche de celle-ci et dont les obligations principales sont la libération de ses apports et la contribution aux pertes... ». Dans sa thèse consacrée à *la notion d'associé*, Monsieur Viandier rejette les critères exclusifs tirés du contrat de société tel que la réalisation d'un apport, la vocation aux bénéfices et l'*affectio societatis*³²⁰. Il préfère recourir à un critère complexe qui lie la qualité d'associé à la réalisation d'un apport mais aussi à la vocation à intervenir dans les affaires sociales³²¹. Cette définition fait apparaître entre la catégorie des associés et celle des tiers une situation intermédiaire qui est celle des participants³²².

160 **Les membres des associations.** Il est impossible de faire en matière d'association, le même travail que Monsieur Viandier en

319 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 156, LGDJ 1978, passim.

320 A. VIANDIER, thèse précitée, première partie intitulée *les insuffisances des analyses actuelles de la notion d'associé*.

321 A. VIANDIER, thèse précitée, n° 151 sqq.

322 Ibid.

matière de société. La recherche a d'ailleurs beaucoup moins d'intérêt qu'en droit des sociétés. Il suffira d'esquisser ce que recouvre la notion de membre appliquée au droit des associations. Il est inutile de créer un hypothétique *affectio associationnis*, cousin de l'*affectio societatis* écarté en matière de société. Il n'est de la même façon d'aucun secours de définir le membre d'une association par l'absence de participation à un partage de bénéfices car ce critère ne serait pas assez discriminant. Il semble que le sociétaire soit très proche de l'associé. Il ne fait aucun apport dira-t-on. Cela semble inexact. La définition de l'association contenue à l'article 1^{er} de la loi de 1901 ne fait-il pas référence à une mise en commun de connaissances ou d'activité ? Quant à la participation aux affaires sociales, elle est certainement moins protégée qu'en matière de société mais elle ne peut être complètement exclue³²³. Le sociétaire apparaît donc à l'instar de l'associé comme celui qui, outre un apport en activité, en connaissance voire en capital, a vocation à intervenir dans les affaires de l'association. Il est permis alors de douter de la qualité de membres de certaines personnes qui n'ont pas accès aux assemblées et ne disposent d'aucun moyen de participation à la vie associative³²⁴. C'est également la solution du droit fiscal qui refuse le bénéfice des articles 261, 7, 1^o a et 207, 1, 5^o bis du Code général des impôts³²⁵ pour les prestations dont profitent les personnes qui ne peuvent participer aux instances statutaires³²⁶.

161 Les membres des comités sociaux. Les comités sociaux qui existent au sein de l'entreprise afin de représenter les intérêts des salariés sont-ils des groupements ? La réponse semble affirmative en ce qu'ils ont des membres auxquels la loi fait référence de manière explicite³²⁷. Pourtant une double interrogation surgit lorsque l'on cherche à les identifier : quelles sont les personnes qui siègent dans les comités avec la qualité de membre ? Les salariés sont-ils membres du comité ? Tentons de répondre à ces questions en raisonnant à partir de l'exemple du comité d'entreprise.

162 Il peut paraître absurde de se demander en quelle qualité siège une personne au sein d'une organisation personnifiée. La réponse semble évidente : c'est en qualité de membre que toute personne

323 Lamy associations, études 220, 214 (n° 50 sq.), 105 (n° 7).

324 *Le guide des associations*, La Villeguérin éditeurs 1996, n° 120.

325 Qui prévoient des exonérations de TVA et d'impôts sur les sociétés au bénéfice de certaines associations pour les prestations fournies à leurs membres.

326 A. BECQUART, *La notion de membres d'une association*, Juris-Associations 15 mars 1998, n° 175, p. 24.

327 Voir par exemple les articles L. 433-1, L. 433-12 du Code du travail.

participe à la vie du groupement. Cela n'est pas si facile. La difficulté provient du mode de désignation des personnes qui siègent au sein du comité. Parmi ces personnes, il existe un président de droit : le chef d'entreprise. Il est entouré de deux délégations : l'une élue par les salariés de l'entreprise et l'autre désignée par les organisations syndicales représentatives³²⁸. Il semble que de ces trois catégories de personnes, seuls les représentants élus soient considérés comme membres du comité. C'est l'esprit des textes et c'est la position de la jurisprudence. Le législateur désigne les membres en ne visant que les élus du personnel³²⁹ : « les membres du comité d'entreprise sont élus pour deux ans... »³³⁰. Les représentants syndicaux sont présentés comme « les représentants syndicaux au comité d'entreprise »³³¹ et non comme des membres à part entière de celui-ci³³². S'ils participent aux votes ce n'est jamais qu'avec voix consultatives³³³. Le président lui-même ne tire de ses fonctions aucun droit à être traité comme un membre³³⁴. Pourtant on lui reconnaît parfois les mêmes droits qu'à « tous les autres membres du comité »³³⁵, mais, d'autre fois, cette qualité lui est refusée³³⁶. Le comité d'entreprise pourrait être à composition variable³³⁷. Cette conception fonctionnelle de la notion de membre est un obstacle à une nette distinction des intérêts de la personne morale et de ses membres. Pour cette raison, il est préférable de considérer que la nature du comité d'entreprise est unique et que seuls les membres élus en sont réellement membres. La finalité de l'institution vient appuyer cette position. La représentation des intérêts des salariés de l'entreprise est sa raison d'être et c'est la composition retenue lorsque le comité est consulté en tant que

328 Sur la composition du comité d'entreprise : articles L. 433-1 et suivants du Code du travail.

329 En ce sens : R. VATINET, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, préf. G. LYON-CAEN, Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, Sirey 1983, n° 199.

330 Article L. 433-12 du Code du travail.

331 Article L. 434-1 du Code du travail.

332 En sens contraire : *Lamy Social*, sous la direction de E. PAOLINI et C. GIRAUDOUX, avec la collaboration de F. BARRÉ et de L. MOINS, Lamy 2001, n° 2449.

333 Article L. 433-1 du Code du travail.

334 Voir J. SAVATIER, *Les décisions d'un comité d'entreprise de se retirer d'un comité interentreprises : modalités de vote et notification aux parties intéressées*, D. Soc. 1995. 261 (obs. sur Soc., 25 janvier 1995, publié également au Bulletin : BC., V, n°38) ; J. PÉLISSIER, *Le rôle du chef d'entreprise dans le fonctionnement interne du comité d'entreprise*, D. Soc. 1979, sp. 83.

335 Soc., 19 décembre 1990, Dr. trav. 1991, n° 2, p. 16.

336 Article L. 434-3 du Code du travail. Voir à propos du comité d'entreprise européen B. TEYSSIÉ, *Le comité d'entreprise européen*, coll. Droit des affaires et de l'Entreprise, série Recherches, Economica 1997, n° 505 sqq.

337 Voir J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 20^{ème} éd., Dalloz 2000, n° 687.

représentation du personnel qu'il convient de retenir en définitive. Or seule la délégation élue conserve ses prérogatives en toutes circonstances et peut être considérée comme représentative du personnel. A défaut de membres élus le comité sera inexistant ou en sommeil³³⁸. De la même manière il semble bien qu'en matière de représentation auprès du conseil d'administration de la société seuls les membres élus peuvent être délégués ce qui exclut évidemment le chef d'entreprise mais aussi les représentants syndicaux au comité d'entreprise. La participation du chef d'entreprise à la délibération permet uniquement l'adoption d'une décision commune au comité et à l'employeur³³⁹. Seuls les délégués élus peuvent être, en définitive, retenus comme membres à part entière du comité d'entreprise si l'on veut considérer les comités sociaux comme des groupements.

163 Une autre interprétation possible est que les comités sociaux seraient des personnes morales de nature fondative. Elles n'auraient pas de membres et les personnes qui siègent en leur sein seraient dans une situation comparable à celle des membres des conseils d'administration ou des bureaux des fondations. Il n'y aurait pas lieu alors de rechercher si l'intérêt des membres est distinct de celui de la personne morale. Une troisième et dernière interprétation est envisageable qui permettrait de concilier les deux premières. Le groupement personnifié serait la collectivité des salariés et non les élus du comité. Ce dernier serait alors comparable à un conseil d'administration, comme dans la deuxième interprétation, mais il représenterait non une personne morale fondative mais un groupement, comme dans la première. Le choix de cette opinion a des conséquences pratiques³⁴⁰ et politiques en ce qu'elle tend à l'instauration d'un système de cogestionnaire où le comité fait face au conseil d'administration³⁴¹.

164 Les membres de l'entreprise. La détermination des membres de l'entreprise est également incertaine. Leur existence même est discutable. Cela ne serait pas un obstacle définitif à sa personnification, qui resterait envisageable en tant que personne morale sans membre, mais exclurait que l'on puisse y voir un groupement. Il est donc nécessaire de s'interroger sur l'existence de membres au sein de l'entreprise.

338 M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupes*, 6^{ème} éd., LGDJ 2000, p. 462 sq.

339 En ce sens : R. VATINET, thèse précitée, n° 199.

340 Voir ci-dessous, à propos des actions en justice, n° 539 sqq. (action du comité d'entreprise) et n° 1028 sqq. (action *ut singuli* dans les comités sociaux).

341 Dans les entreprises à formes anonymes.

Un intérêt spécifique

165 Une première solution consiste à considérer uniquement la seule entreprise reconnue de manière certaine comme personne morale en droit français. Il s'agit de l'EURL. Elle est en définitive une espèce de société. Si les membres d'une société sont ses associés, l'associé unique d'une EURL est donc le membre unique de l'entreprise.

166 Cela n'est pas suffisant cependant car il existe d'autres formes d'entreprises en droit français même si leur personnification est incertaine. Qui sont les membres de ces formes d'entreprise ? L'opinion commune, du moins celle qui est favorable à la doctrine de l'entreprise, adopte une conception large de la notion. L'entreprise regrouperait le chef d'entreprise, les salariés, les fournisseurs et plus généralement toutes les personnes intéressées à la pérennité de l'affaire³⁴². Il est certain que l'entrepreneur en fait partie en tant qu'élément nécessaire de l'institution³⁴³. Qu'en est-il des salariés ? En pratique, ils semblent être aussi nécessaires que l'entrepreneur mais juridiquement cette affirmation n'est pas exacte. Certes, la conception de l'entreprise retenue en droit du travail fait de l'existence de salariés une condition essentielle³⁴⁴. Mais ce n'est pas la position du droit commercial qui la définit par son activité : l'activité marchande³⁴⁵ et n'exige pas la présence de salariés. Cette différence s'explique par la spécificité de l'objet du droit du travail qui est de régir des relations d'employeurs à employés. Une entreprise sans salarié ne peut donc être appréhendée par cette matière. Il semble que si l'on veut retenir une définition unitaire et non seulement fonctionnelle³⁴⁶ de l'entreprise il est impossible d'inclure les salariés parmi les membres de celle-ci³⁴⁷. La solution peut être surprenante dans la mesure où la détermination de l'intérêt de l'entreprise implique le plus souvent une prise en compte de l'intérêt des salariés. L'entreprise apparaît au terme de ces quelques observations comme une institution unipersonnelle : le seul

342 Voir M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n° 1, LGDJ 1957, n° 272 sqq.

343 Voir P. DURAND, *La notion juridique de l'entreprise*, in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. III, Dalloz 1948, p. 49. Voir également J. HILAIRE, *Une histoire du concept d'entreprise*, Archives de Philosophie du droit 1997.341.

344 Voir B. TEYSSIE, *L'entreprise en droit du travail*, Archives de Philosophie du droit 1997.355.

345 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. I, *Introduction. L'entreprise individuelle*, 2^{ème} éd., PUF 1997, p. 109 sqq.

346 Voir J. BARTHÉLÉMY, *Turbulences entre droit des sociétés et droit du travail*, JCP. 1987, I, 3311 ; l'auteur adopte une conception fonctionnelle de l'entreprise.

347 Voir G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ 1951, n° 136. En sens contraire : J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. LOUSSOUARN, Bibl. dr. com. t. 18, Sirey 1967, p. 82 sqq.

membre nécessaire est l'entrepreneur. Elle n'est pas nécessairement unipersonnelle cependant, car il peut exister des entrepreneurs qui exploitent en commun une entreprise. L'entreprise n'est toujours pas détachée de l'entrepreneur³⁴⁸.

167 Les membres de la collectivité des créanciers. La collectivité des créanciers est un groupement dont la personnalité morale n'est pas reconnue aujourd'hui. A la différence de celle-ci, elle l'a été sous le nom de masse des créanciers. Elle a été supprimée par la réforme du droit des entreprises en difficultés de 1985. Cependant la procédure reste collective, au moins dans une large mesure³⁴⁹, et il est impossible de faire l'économie d'une réflexion sur une possible résurgence de la masse sous la forme de la collectivité des créanciers³⁵⁰.

168 La notion de masse n'était pas unitaire³⁵¹. Il existait une masse générale, une masse concordataire et une masse ordinaire, bien que la loi de 1967 visât la masse au singulier³⁵². Seule la masse ordinaire dont les membres subissaient la discipline collective dans toute sa rigueur était personnifiée³⁵³. Les membres des autres masses ne subissaient pas nécessairement la suspension des poursuites.

169 Aujourd'hui, il n'est plus nécessaire de faire de telles distinctions car tous les créanciers subissent la discipline collective et sont soumis à la règle de la suspension des poursuites³⁵⁴. La collectivité des créanciers comprend aujourd'hui l'ensemble des créanciers qu'ils soient chirographaires, privilégiés, hypothécaires... Seuls les créanciers de salaires ont un traitement particulier et sont soumis à une discipline collective qui leur est propre.

170 Les membres de la famille. On a dit la famille introuvable³⁵⁵, on a proposé une typologie des conceptions qui s'y rapportent³⁵⁶, et on l'a parfois comparée à un accordéon³⁵⁷. Certes, chacun sait qui est de sa famille et qui n'en fait pas partie. Mais, juridiquement, les

348 Sur la séparation de l'entreprise et de l'entrepreneur : M. DESPAX, thèse précitée, première partie.

349 Voir M.-A. FRISON-ROCHE, *Le caractère collectif des procédures collectives*, RJC. 1996.293.

350 Com., 3 juin 1997, D. 1997.517, note F. DERRIDA.

351 H.-J. LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, RTDCom. 1969.891, n°16.

352 Article 13 de la loi de 1967.

353 A. BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse dactyl., Nancy II 1973, n° 9 sq.

354 Article L. 621-40 du Code de commerce.

355 Voir Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, rapport français, in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XLV, *Les groupements*, Litec 1996, p. 213.

356 R. THÉRY, *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, D.1953, Chr. 47.

357 R. LINDON, *La famille accordéon*, JCP. 1965, I, 1965.

frontières de l'institution se font beaucoup plus incertaines alors qu'on les souhaiterait plus objectives. L'histoire et la sociologie apprennent au juriste que l'étendue du groupe familial n'a pas toujours été identique. Deux grands types de structures ont existé et parfois coexisté : le lignage et le ménage³⁵⁸. L'opinion dominante considère que l'évolution de la famille est caractérisée par un mouvement de rétrécissement du groupe à travers le temps. Cependant cette théorie dite du rétrécissement peut être contestée et ne repose en définitive sur aucun fondement solide³⁵⁹.

171 Les textes législatifs civils ne contiennent aucune définition de la famille. Si le Code civil traite longuement de la famille et emploie fréquemment le terme³⁶⁰, il ne contient aucune formule qui permette de déterminer son étendue. La seule certitude tirée de la lecture du Code tient à la prédominance de la famille légitime, fondée sur le mariage³⁶¹. Il semble que la filiation naturelle ne permette pas de fonder une nouvelle famille au sens du Code civil car celui-ci dispose que l'enfant naturel « entre dans la famille de son auteur »³⁶². Il n'est donc pas le fondement d'un nouveau groupe qui se constituerait autour de lui : l'enfant naturel a deux familles. Cela ne doit pas conduire à négliger les liens de famille qui découlent de la filiation et du sang, mais il reste qu'ils sont impuissants à créer une *nouvelle* famille. Une tendance comparable a pu être constatée dans les conceptions de certains instruments de protection des droits de l'homme³⁶³. Il est apparu récemment que le droit de fonder une famille se détachait de celui de se marier pour l'application de l'article 12 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH)³⁶⁴. Il existe cependant une différence essentielle entre les formes de groupements familiaux. Lorsque le groupement est fondé sur le mariage, il n'est pas nécessaire que des enfants naissent de l'union, alors qu'il n'existe tout simplement pas pour le droit si, hors mariage, il n'y a pas d'enfant³⁶⁵.

358 R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3^{ème} éd., Dalloz 1963, n° 125 sqq. et 137 sqq.

359 En ce sens : J. CARBONNIER, *V^{is} Famille, Législation et quelques autres*, in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ 2001, p. 275.

360 Voir par exemple : article 217, qui vise l'intérêt de la famille, article 289 qui vise les membres de la famille.

361 R. SAVATIER, op. cit., n° 125 sqq. et n° 137 sqq.

362 Article 334 du Code civil. Voir H.L.J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, Vol. 3, *La famille*, 7^{ème} éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien 1995, n° 686.

363 Y. MADIOT, *La famille, élément des droits de l'homme en Europe*, in *Le droit non civil de la famille*, préf. J. CARBONNIER, Publication de la faculté de droit et de science sociale de Poitiers, PUF 1983, p. 215.

364 Y. MADIOT, article précité.

Un intérêt spécifique

172 Plusieurs décisions de jurisprudence fournissent des indices sur la composition du groupe familial. Tout d'abord en ce qui concerne l'intégration de la femme dans celui-ci un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 juin 1958³⁶⁶ a reconnu que la femme est « partie intégrante de la famille dont le mari est le chef ». Cette affirmation semble aujourd'hui aller de soi, du moins dans sa première partie, mais cela n'a pas toujours été le cas. La vocation successorale de l'épouse survivante a été tardivement reconnue³⁶⁷. Il s'agit pourtant d'un droit de nature éminemment familiale. L'absence de sa reconnaissance marquait l'imperfection de l'intégration de la femme dans la famille. Celle-ci est au moins composée des deux époux. Il est même possible d'affirmer qu'elle se réduit au ménage³⁶⁸. C'est en ce sens que certains auteurs ont interprété la jurisprudence relative au changement de régime matrimonial³⁶⁹. Pour appuyer cette affirmation il faut démontrer que les ascendants et les descendants ne sont pas membres à part entière de la famille. En ce qui concerne les ascendants, s'il est vrai que certaines normes les incluent dans les membres de la famille³⁷⁰, c'est, le plus souvent en raison d'un affaiblissement de la famille légitime³⁷¹. Un jugement du tribunal civil de la Seine du 10 juillet 1941 a reconnu abusive la fixation de la résidence de la famille chez la mère du mari ce qui implique qu'elle ne fait pas partie de celle-ci³⁷². La réponse est moins évidente en ce qui concerne les enfants. Si la famille moderne « est celle qui est circonscrite par l'appartement et qui comprend essentiellement le mari, la femme et les enfants »³⁷³, comment expliquer la faible intégration des enfants ? Tout d'abord, ils ne sont pas essentiels à l'existence de la famille légitime ; elle peut ne comprendre que les deux époux. Il n'est pas possible d'inclure les enfants parmi les membres dès lors que la catégorie qu'ils constituent n'est pas un

365 Voir A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Bibliothèque des idées, Gallimard 1981, p. 493 sqq.

366 Paris, 10 juin 1958, D. 1958. 735, note VOIRIN, S. 1958.311.

367 Sur les droits du conjoint survivant : M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 5^{ème} éd., Litec 1998, n° 166 sqq.

368 G. CORNU, Rapport général sur les groupements dans la vie familiale, Travaux de l'association H. Capitant, *Les groupements*, Litec 1996, t. XLV, p. 144.

369 M. HENRY, *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, D. 1979, Chr. 179. Sur cette jurisprudence voir ci-dessous, **n° 290 sqq.**

370 Article 289 du Code civil.

371 Dans le cas de l'article 289 du Code civil il n'y a plus de famille légitime à la suite du divorce.

372 T. Civ. Seine, 10 juillet 1941, GP. 1941.2.216.

373 M. GOBERT, *Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille*, JCP. 1967, I, 2122.

Un intérêt spécifique

élément nécessaire du groupement familial³⁷⁴. Ensuite, ils ne participent pas à des institutions essentielles du droit de la famille et n'ont notamment aucun droit dans le régime matrimonial des leurs parents. Le droit des régimes matrimoniaux contient de nombreuses références à l'intérêt de la famille et fournit la plupart des arguments disponibles en faveur de la personnalité morale du groupement familial. Enfin, ils sont appelés à quitter le ménage qui les a vus naître. En principe, la finalité de la famille en ce qui concerne les enfants n'est pas de les garder le plus longtemps possible dans la dépendance de leurs parents mais au contraire de leur offrir le cadre d'un développement personnel qui leur permette d'acquérir assez d'autonomie pour fonder à leur tour une famille³⁷⁵. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1995 a considéré qu'un enfant n'est pas un membre de la famille dont l'intervention est recevable sur le fondement de l'article 291 du Code civil³⁷⁶. La solution est nette ; cependant elle était contestable en l'espèce dans la mesure où le texte en cause ne visait pas la famille légitime composée des époux mais la famille élargie au-delà de ces derniers. L'intérêt des enfants n'est pas une composante déterminante de l'intérêt de la famille. Ce qui ne signifie pas qu'il est interdit de prendre en compte l'intérêt des enfants dans la détermination de l'intérêt de la famille. Il peut notamment limiter, de manière externe, le jeu de l'intérêt de la famille ou encore en étendre le champ. L'intérêt des enfants est alors visé non comme intérêt de la famille mais comme intérêt contenu dans l'objet de la famille. Cet objet inclut une référence à l'éducation des enfants. Bien que les enfants soient privés de la qualité d'associés du groupe familial l'intérêt de la famille peut aller plus loin que le seul intérêt des époux³⁷⁷. Les enfants sont dans une situation comparable à celle des salariés de l'entreprise. S'ils sont souvent présents, ils ne sont pas un élément essentiel du groupement. La famille n'est cependant pas comparable à l'entreprise, notamment parce que la première est nécessairement un groupement de deux personnes ce qui autorise une conception différente de l'intérêt et à terme une solution différente de la question de leur personnification éventuelle. S'il existe une forme de

374 En sens contraire : E. MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, préf. J.-A. MAZÈRES, Bibl. dr. Pub. t. 182, LGDJ 1995, n° 93.

375 En ce sens ils ont un intérêt distinct de celui de leurs parents et qui leur est propre.

376 Civ. I, 4 janvier 1995, BC., I, n° 2.

377 Voir J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de L'Université Y. Cadoret 1932, p. 111 et p. 460 sq.

famille construite autour du lien de filiation, la seule famille qui présente une détermination suffisante est celle constituée par les époux.

173 Il est apparu que de nombreuses catégories de personnes peuvent prétendre au statut de membres. Toutes ces prétentions n'ont cependant pas résisté à l'examen. Il reste encore une grande variété de situations juridiques au sein des groupements dont il faut rendre compte maintenant.

2) L'homogénéité des intérêts

174 **La condition d'homogénéité.** Qu'entend-on par homogénéité des intérêts ? Quel est l'intérêt de constater que tous les membres d'un groupement sont dans une situation identique ? Il semble *a priori* que cette condition se rattache à l'idée d'égalité et de démocratie au sein des personnes morales. Monsieur Carbonnier estimait que la démocratie était inhérente à l'existence des personnes morales de droit privé³⁷⁸. Cette illusion a été dissipée pour la société anonyme par Ripert³⁷⁹. Il a établi qu'il n'existe aucun lien nécessaire entre démocratie et personnalité morale si ce n'est du point de vue idéologique. Il est plus difficile de tenir le même discours en ce qui concerne l'égalité, puisque à la différence du principe de démocratie interne elle est visée par des normes du droit positif. L'article L. 225-204 du Code de commerce par exemple dispose qu'une réduction du capital d'une SA ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires. L'égalité des actionnaires n'est donc pas un mythe³⁸⁰. Pourtant, malgré cette égalité reconnue par les textes, certains auteurs ont contesté l'homogénéité des situations au sein de la SA.³⁸¹ Monsieur Champaud distingue ainsi deux catégories d'actionnaires³⁸² et Monsieur Viandier, cinq³⁸³. Il est permis alors de douter que l'homogénéité du groupement soit une condition de sa personnification. De nombreux auteurs maintiennent cependant la condition d'homogénéité³⁸⁴.

378 J. CARBONNIER, *Sur la personnalité morale des comités d'établissement*, APD. 1959.140.

379 G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LDGJ 1951, n° 39 sqq.

380 Voir *L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité*, JCP. E, CDE, 1994 n° 5, p. 18. Voir également J. MESTRE, *L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)*, RS 1989.399.

381 Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. LOUSSOUARN, Bibl. dr. com. t. 5, Sirey 1962, n° 29 sqq.

382 Ibid.

383 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 117, LGDJ 1978, n° 151 sqq.

384 M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 3^{ème} éd., Sirey 1945, p. 147 sqq. ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, n° 294 sqq.

175 **Le problème de l'homogénéité des intérêts.** Se demander si l'homogénéité des situations des membres est une condition pour qu'une institution soit personnifiée peut sembler vain. La réponse à cette question semble évidente dans la mesure où l'existence même de membres n'est pas essentielle à la personnalité morale. La réflexion ne sera cependant pas vaine. En effet, il est nécessaire d'établir, en toute hypothèse, qu'il n'existe pas d'opposition d'intérêts. Il n'y aurait pas de condition d'homogénéité mais un obstacle à la personnification en cas d'opposition d'intérêts³⁸⁵. L'opportunité de reconnaître la personnalité morale à des institutions qui comprennent des intérêts antagonistes est discutable. Si l'on reconnaît simultanément un intérêt propre à la personne morale et des intérêts catégoriels en son sein, il devient évident que le respect du premier impliquera nécessairement le sacrifice de l'intérêt d'une catégorie de membres au moins³⁸⁶. Il deviendra difficile sinon impossible d'expliquer comment est déterminé l'intérêt de la personne morale. Il faudrait admettre qu'il est transcendant aux intérêts des membres. Or, cette conception de l'intérêt est exclue si l'on souhaite élaborer une théorie juridique de la personnalité morale cohérente³⁸⁷.

176 Peut-on relever des situations d'opposition dans les personnes morales reconnues du droit positif ? Une réponse positive à cette question a été avancée en matière de société³⁸⁸. Monsieur Champaud distingue deux catégories d'actionnaires d'après un critère psychologique³⁸⁹ : l'intention de participer à la vie sociale caractérise les actionnaires de contrôle, celle de placer des capitaux caractérise les actionnaires bailleurs de fonds. Cette distinction, qui est réaliste du point de vue psychologique relève, de l'aveu même de son auteur³⁹⁰, du fait et non du droit. Il est vrai qu'elle connaît des prolongements sur le terrain du droit à travers la notion de contrôle³⁹¹. Le contrôle est une situation génératrice d'avantages et d'obligations pour celui qui en est bénéficiaire. S'agit-il pour autant d'une reconnaissance de l'hétérogénéité du groupement³⁹² ? La réponse semble négative pour deux raisons. D'une part, rien ne s'oppose à ce que les droits des

385 E. GAILLARD, thèse précitée, n° 297.

386 Ibid.

387 Voir ci-dessous, n° 360 sqq.

388 Cl. CHAMPAUD, thèse précitée, n° 29 sqq. ; A. VIANDIER, thèse précitée, n° 151 sqq.

389 Cl. CHAMPAUD, *ibid.*

390 Cl. CHAMPAUD, *ibid.*

391 Sur le contrôle comme phénomène de transparence : voir ci-dessous, n° 1036 sqq. et n° 1096 sqq.

392 En ce sens J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. pr. n° 149, LGDJ 1977, n° 134.

Un intérêt spécifique

actionnaires ne soient pas proportionnels mais plus que proportionnels. Plus ils sont engagés dans la société plus ils ont besoin de garanties. D'autre part, la situation juridique des associés de contrôle est caractérisée par des prérogatives qui ne sont pas celles d'associés mais le plus souvent celles de dirigeants. Dès lors s'il y a divergence d'intérêts ce sera entre ceux des associés et ceux des organes et non pas entre les intérêts des membres³⁹³. La poursuite du profit assure en toute hypothèse l'unité et la cohésion du groupement social³⁹⁴. En matière de société anonyme, il est possible de remarquer que l'égalité et l'homogénéité s'appliquent peut-être plus aux actions elles-mêmes qu'aux actionnaires³⁹⁵.

177 Hors des groupements personnifiés traditionnellement, la question s'est posée pour l'entreprise et pour la famille. La réponse ne semble pas être identique dans les deux cas. En ce qui concerne l'entreprise, l'homogénéité apparaît incertaine. Si les salariés sont exclus de la catégorie des membres, l'entreprise, en ce qu'elle apparaît comme unipersonnelle, ne saurait connaître d'opposition d'intérêts. Au contraire, si les salariés sont intégrés dans l'entreprise de nombreux conflits apparaissent. L'hétérogénéité des situations juridiques de l'employeur et des salariés est évidente. Le licenciement peut être justifié par l'intérêt de l'entreprise et de l'employeur alors qu'il est manifestement contraire à celui des salariés concernés³⁹⁶. On pourrait objecter que la possibilité de licencier n'est pas nécessairement une manifestation de l'hétérogénéité du groupement. Le licenciement peut être assimilé à une exclusion de l'entreprise or il existe des procédures d'exclusion dans plusieurs groupements personnifiés³⁹⁷. Cependant il existe une différence entre ces procédures et le licenciement d'un salarié : le licenciement ne peut toucher que certains membres alors que l'exclusion peut atteindre tout

393 Cette distinction sera traitée plus loin : voir ci-dessous, n° 326 sqq.

394 A. et G. LYON-CAEN, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droits de l'entreprise*, préf. de J. M. MOUSSERON et B. TEYSSIÉ, FNDE, Bibl. dr. de l'entreprise, librairie technique 1978, p. 599, spéc. p. 615.

395 M. JEANTIN, obs. sur la notion de catégorie d'action, D. 1995, Chr. 88 ; J.-J. DAIGRE, *Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 213.

396 Voir notamment Soc., 13 octobre 1977, D. 1978.350, note A. LYON-CAEN ; Soc., 5 avril 1995, D.Soc. 1995.487, Ph. WAQUET, *Le niveau d'appréciation du licenciement économique* (p. 482), note G. LYON-CAEN (p. 489) ; JCP. 1995, II, 22443, note G. PICCA.

397 Pour la Société par Actions Simplifiée : article L. 227-16 du Code de commerce ; pour les sociétés à capital variable : article L. 231-6 du Code de commerce. Ces deux dispositions permettent de prévoir des clauses d'exclusion dans les statuts. En l'absence de clause l'exclusion ne semble pas envisageable : Com., 12 mars 1996, JCP. E 1996, II, 831, note Y. PACLOT ; RS. 1996.554, note D. BUREAU.

Un intérêt spécifique

associé. L'employeur ne peut pas être licencié³⁹⁸. Il existe une asymétrie entre les membres prétendus de l'entreprise qui exclut l'homogénéité. La relation salariale est par ailleurs expressément fondée sur une hétérogénéité des situations qui se manifeste à travers la notion de subordination juridique³⁹⁹. Il est exclu dans ces conditions de considérer l'entreprise comme un groupement homogène.

178 Qu'en est-il de la famille ? La solution serait la même si l'on intègre les enfants dans le groupe familial tel qu'il est organisé par le droit positif. Les divergences d'intérêts sont moins évidentes que dans l'entreprise mais elles existent. L'hétérogénéité provient surtout de ce que par définition l'enfant est soumis à l'autorité de ses parents⁴⁰⁰. Si les époux sont les seuls membres du groupement familial alors l'homogénéité apparaît. L'égalité est une donnée nouvelle dans le droit de la famille. En matière de régimes matrimoniaux elle n'a été consacrée que par les réformes de 1965 et de 1985⁴⁰¹. Les droits et obligations qui étaient propres à la femme ou au mari ont soit disparus⁴⁰², soit été bilatéralisés⁴⁰³. Le vocabulaire lui-même a manifesté l'identité des situations juridiques en visant de manière indéterminée *les époux*⁴⁰⁴. La famille semble être un groupement homogène dans la mesure où il est réduit à l'association conjugale⁴⁰⁵.

179 Quelques éclaircissements relatifs à la notion de membres dans les groupements personnifiés ont mis en évidence l'importance de l'égalité et de l'homogénéité des situations juridiques des membres. L'examen de ces questions était nécessaire à la distinction des intérêts qu'il faut opérer maintenant. De plus il était impossible de les résoudre en faisant appel à la notion d'intérêt comme principe de solution car alors le raisonnement risquait d'être tautologique et donc d'être faussement convaincant.

§2 La distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt des membres

398 Sauf si l'on considère que les procédures collectives peuvent être des procédures d'exclusion des chefs d'entreprise.

399 J. PÉLESSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 20^{ème} éd., Dalloz 2000, n° 127 sqq.

400 Articles 371 sqq. du Code civil.

401 La loi du 23 décembre 1985 était expressément « relative à l'égalité des époux »

402 C'est le cas de l'option de la femme mariée : article 1453 ancien du Code civil. Voir P. DIDIER, *L'option de la femme mariée commune en bien*, préf. M. FRÉJAVILLE, Bibl. dr. priv. n° 5, LGDJ 1956.

403 C'est le cas du bénéfice d'émolument : article 1483 du Code civil.

404 Voir l'article 1483 du Code civil déjà cité.

405 Ce sont les termes mêmes de l'article 1387 du Code civil : « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales... ».

Un intérêt spécifique

180 De nombreuses controverses se sont développées autour de la distinction entre l'intérêt de la personne morale et l'intérêt de ses membres. Il ne s'agit pas ici de prendre partie sur les points les plus discutés. L'objectif est pour l'instant de savoir si le droit positif permet de distinguer l'intérêt de la personne morale de celui de ses membres. La réponse négative s'imposerait si l'on établissait que l'intérêt du groupement est celui de tous ses membres⁴⁰⁶. Le résultat serait identique s'il s'avérait que l'intérêt de la personne morale était réductible à l'intérêt individuel d'une partie de ses membres. Cette fraction de la collectivité peut être la plus nombreuse, on parlera de majorité ou de majoritaires ; elle peut être la moins nombreuse, on parlera alors de minorité ou de minoritaires⁴⁰⁷. Si l'on parvient à distinguer l'intérêt de la personne morale de celui d'une partie de ses membres, le but ne sera pas encore atteint (A) ; il faudra encore dégager l'intérêt de la personne morale de celui de la collectivité tout entière (B).

A) Intérêt de la personne morale et intérêt de plusieurs membres

SUPP MINO

181 Le moyen le plus sûr de distinguer l'intérêt de la personne morale de l'intérêt de la majorité qui existe en son sein est d'établir qu'il est au moins une situation dans laquelle la poursuite de son intérêt par la majorité exclut le respect de l'intérêt de la personne morale. L'abus de majorité constitue un exemple de choix. Alors que toutes les conditions de forme ont été remplies, une décision collective peut être critiquée si elle a été « prise contrairement à l'intérêt général de la société dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité »⁴⁰⁸. Le principe majoritaire n'est pas propre aux personnes morales⁴⁰⁹ mais il renseigne tout de même sur la structure des intérêts au sein des groupements personnifiés. La question de l'abus de majorité a été discutée en matière de société et c'est pour elles que la jurisprudence a formulé une solution nette. La même situation se retrouve cependant

406 C'est l'idée qui sous tend les conceptions de l'intérêt collectif comme somme d'intérêts individuels.

407 La majorité et la minorité seront déterminés en nombre de voix. Le nombre de voix dépend de la part de chacun dans le capital dans les sociétés anonymes. Dans certaines organisations le principe est un homme, une voix ; c'est le cas des associations (mais la règle n'est pas d'ordre public) et des coopératives.

408 Telle est du moins la formule retenue par la jurisprudence en matière de société depuis l'arrêt de la chambre commerciale du 18 avril 1961 : D. 1961.661 ; JCP. 1961, II, 12164, note D. B.

409 Il régit par exemple le conseil de famille : articles 412 et suivants du Code civil.

en dehors du droit des sociétés, notamment dans les diverses formes de copropriétés.

182 **La protection de l'intérêt de la société.** La loi ne contient aucune référence expresse à la possibilité de contrôler les décisions collectives des assemblées d'associés. L'article L. 235-1 du Code de commerce permet certes d'annuler les délibérations en recourant au droit des contrats, mais il ne fait aucune référence expresse à l'abus. Il n'est pas certain, en outre, que l'abus soit une cause de nullité du droit commun des contrats. Les règles apparaissent essentiellement d'origine jurisprudentielle. De son côté, la doctrine a parfois du mal à rendre compte d'une jurisprudence qu'elle n'a pas réussi à influencer⁴¹⁰. On tentera tout de même de tirer de cette jurisprudence des enseignements utiles.

183 En premier lieu, il faut s'assurer que l'étude de l'abus de majorité renseigne bien sur l'intérêt de la personne morale en l'occurrence celui de la société. L'intérêt social est-il l'intérêt de la société ? Il n'est pas nécessaire de savoir si l'on peut le réduire à un autre intérêt, comme celui des associés ou celui de l'entreprise. Seul importera ici de déterminer si l'intérêt social est celui de la société afin de pouvoir distinguer celui-ci de l'intérêt de la majorité. La réponse est moins évidente qu'on pourrait le penser puisque d'éminents auteurs ont soutenu la négative. Henri Rousseau distinguait ainsi l'intérêt social, qui est celui de tous ceux qui sont intéressés à la bonne marche de la société, et l'intérêt de la société qui est celui des actionnaires⁴¹¹. Des auteurs non moins éminents, comme Monsieur Rives-Langes⁴¹², se sont prononcés en sens contraire. La terminologie jurisprudentielle est variable d'une décision à l'autre, même au sein de la Cour de cassation. Seule la référence à l'intérêt est constante : c'est toujours à la conformité à un intérêt que l'on mesure la validité des décisions collectives. Les compléments et adjectifs quant à eux sont variables. L'intérêt est parfois social⁴¹³, d'autres fois il est l'intérêt général de la société⁴¹⁴, ou encore simplement l'intérêt de la société⁴¹⁵ (expression que l'on trouve quelquefois au pluriel : ce

410 Cl. CHAMPAUD, RTDCom. 1991.58, n° 10.

411 H. ROUSSEAU, note sous Aix, 16 janvier 1922 et Paris 10 novembre 1922, S. 1923.2.127.

412 J.-L. RIVES-LANGES, *L'abus de majorité*, in *La loi de la majorité*, n° spécial de la RJC, novembre 1991, p. 65.

413 Com., 6 février 1957, JCP. 1957, II, 10325, obs. D.B.

414 Com., 18 avril 1961, précité ; Com., 4 octobre 1994, BC., IV, n° 278 ; Def. 1995, art. 36017, n° 2, obs. P. LE CANNU ; Dr. Soc. 1994, Comm. 207, obs. H. LE NABASQUE.

415 Paris, 7 novembre 1972, JCP. 1972, II, 17448, note Y. GUYON.

sont alors les intérêts de la société⁴¹⁶ qui sont visés). La jurisprudence utilise indifféremment l'une ou l'autre expression. On peut conclure de ce constat que le droit positif les considère comme synonymes et que l'intérêt envisagé est bien celui de la société. Dans le même sens, on relèvera que le droit des sociétés vise l'intérêt de la société en matière d'abus de biens sociaux⁴¹⁷ et que la jurisprudence utilise l'expression intérêt social⁴¹⁸.

184 Un arrêt récent de la Cour de cassation vient confirmer cette opinion. Le 21 janvier 1997, la Chambre commerciale a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait annulé une convention imposée à la société par sa société-mère à la suite d'un abus de majorité⁴¹⁹. Deux observations s'imposent tout d'abord : la première donne sa portée à l'arrêt, la seconde la relativise. La première fait apparaître l'originalité de la solution. Le demandeur était non un associé minoritaire mais la société elle-même, dont l'intérêt à agir est affirmé. La seconde porte sur l'objet de la demande. Il ne s'agissait pas d'une demande en nullité d'une décision collective mais de la convention qui avait été imposée par un abus de la société-mère, associé majoritaire. L'essentiel de l'arrêt tient dans l'affirmation de la recevabilité de l'action de la société victime de l'abus⁴²⁰. Cela conduit à considérer que la société a un intérêt propre lésé par la décision majoritaire abusive et protégé par la voie prétorienne de l'annulation pour abus de majorité. La jurisprudence fournit un moyen de défense de l'intérêt social qui est celui de la société⁴²¹. Cela explique inversement que l'action dirigée contre la société est irrecevable⁴²².

185 **Les éléments constitutifs de l'abus de majorité.** Quels sont les éléments constitutifs de l'abus de majorité ? Il faut qu'une décision « ait été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité »⁴²³. De cette formule, la doctrine a tout

416 Com., 22 avril 1976, RS. 1976.479, obs. D. SCHMIDT ; D. 1977.4, note J.-C. BOUSQUET ; M. GERMAIN, *L'abus du droit de la majorité, à propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Cour de cassation*, GP. 1976.1, doct. 157.

417 Article L. 242-6 du Code de commerce.

418 Voir par exemple : Crim., 22 avril 1992, RS. 1993.124, note B. BOULOC.

419 Com., 21 janvier 1997, , BC. IV, n° 25, Q.J. 25 février 1997, note P.M., JCP E 1997, II, 936 ; RTDCom. 1997.469, obs. B. PETIT, Y. REINHARD ; RDBB. mars-avril 1997, p. 69, obs. M. GERMAIN, M.-A. FRISON-ROCHE ; D. 1998, Somm. 393.

420 En sens contraire : M. JEANTIN, *Droit des Sociétés*, 3^{ème} éd., collection Domat-Droit privé, Montchrestien 1994, n° 553.

421 L'abus de majorité n'est donc pas seulement un moyen de défense à la disposition de la minorité.

422 Com., 6 juin 1990, BC., IV, n° 171 ; B. Joly 1990, § 233, note P. Le CANNU ; RS. 1992.606, note Y. CHARTIER ; D. 1992.56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE.

423 Com., 18 avril 1961, précité.

Un intérêt spécifique

d'abord dégagé deux conditions distinctes. Aujourd'hui, certains auteurs soutiennent qu'une seule suffit à caractériser l'abus. Ils s'opposent cependant sur la condition déterminante. Pour les uns, qui forment l'École de Rennes, l'atteinte à l'intérêt social compris comme l'intérêt de l'entreprise constitue un abus de majorité⁴²⁴. Pour d'autres, la rupture d'égalité détermine à elle seule l'abus⁴²⁵. A cette tendance doctrinale, la jurisprudence n'a donné aucun écho. Elle a même eu l'occasion d'affirmer que les deux conditions sont cumulatives et non alternatives⁴²⁶. Elles apparaissent, en doctrine, comme les deux éléments, objectif et subjectif, d'une infraction à la loi sociale⁴²⁷. Elles sont par ailleurs suffisantes et l'intention de nuire n'est pas nécessaire pour établir l'abus de majorité⁴²⁸. Cela ne résulte pas d'une prise de position sur la nature du contrôle exercé. Même s'il s'agissait d'un contrôle de l'abus de droit et non du détournement de pouvoir, l'intention malveillante ne serait pas exigée⁴²⁹. Il est permis de se demander si l'arrêt de la chambre commerciale du 21 janvier 1997 n'est pas le signe d'une évolution en cours. Cette décision fait uniquement référence à l'atteinte portée à l'intérêt social et il serait tentant de conclure que la jurisprudence évolue. Une telle déduction serait hâtive. Le problème tranché était celui de la recevabilité de l'action de la société. Il était normal de ne traiter que du seul intérêt social de nature à justifier l'action en justice de la société. L'intérêt lésé de la société lui ouvre la voie judiciaire. Monsieur Schmidt craint une évolution de la jurisprudence dont l'aboutissement serait la disparition de la dualité de critères de l'abus de majorité. La seule atteinte à l'intérêt social constituerait un abus. Cependant aucune des décisions citées ne permet heureusement de soutenir que l'intérêt social a absorbé l'intérêt des associés. L'arrêt de la troisième chambre civile du 18 juin 1997⁴³⁰ censurait certes un arrêt qui n'avait pas relevé d'atteinte à l'intérêt social pour caractériser l'abus de majorité. Il s'agissait cependant d'une cassation pour manque de base légale dont

424 Voir J. PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 173 sqq.

425 Voir D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Bibl. dr. com. t. 21, Sirey 1970, n° 204 ; du même auteur, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, coll. Pratique des Affaires, éd. Joly 1999, n° 192 sqq.

426 Com., 22 avril 1976, précité. Voir également Com., 4 octobre 1994, précité.

427 J.-L. RIVES-LANGES, *L'abus de majorité*, in *La loi de la majorité*, n° spécial de la RJC, novembre 1991, p. 65.

428 T. Civ. Seine, 17 décembre 1924, DH. 1925.282. En ce sens également en doctrine : P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, thèse Paris, imprimeries J. Duculot, Gembloux 1947 ; P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF 1999, p. 323 sq.

429 Voir en matière de résiliation d'un contrat en droit de la distribution : Com., 3 juin 1997, RTDCiv. 1997.935, obs. J. MESTRE.

430 Civ. III, 18 juin 1997, BC., III, n° 147 ; B. Joly 1997, § 346, note P. LE CANNU.

le résultat était de rappeler le dualisme des critères et non de le faire disparaître. La Cour de renvoi a d'ailleurs relevé les deux éléments constitutifs de l'abus⁴³¹. D'autres décisions de la Cour de cassation ne sont guère plus significatives dans la mesure où elles se prononçaient sur la sanction de l'abus d'égalité⁴³². Ce sont les premiers arrêts rendus par la Cour de cassation sur ce point et il est permis de douter qu'ils soient l'expression définitive de sa doctrine. Comme pour l'abus de minorité, il est probable que cette construction prétorienne se fera sur le modèle de l'abus de majorité. Il est également permis de penser que le constat de la rupture d'égalité est moins nécessaire en matière d'abus d'égalité. La poursuite d'un intérêt égoïste contraire à l'intérêt social qui conditionne la sanction⁴³³ semble impliquer dans les situations de répartition égalitaire des voix l'atteinte à l'intérêt des autres associés. L'idée est en définitive toujours la même : l'associé majoritaire ou égalitaire qui abuse de sa situation est celui qui cherche pour lui un avantage qu'il refuse à ses associés.

186 L'abus de majorité fait l'objet d'un contrôle de légitimité et non d'opportunité. Si l'on se rappelle la définition adoptée de la légitimité en tant que situation qui peut être voulue universalisable⁴³⁴, l'importance accordée à l'idée d'égalité apparaît nettement. La rupture d'égalité, si elle n'est pas l'unique critère de l'abus de majorité, en est cependant l'élément le plus caractéristique⁴³⁵. Au sein d'une société il apparaît illégitime de vouloir pour soi un bien que l'on ne peut obtenir qu'à la condition que les autres membres n'en profitent pas également. Rupture d'égalité et illégitimité se recouvrent donc, sans être synonyme, en droit des sociétés⁴³⁶.

187 L'abus de majorité est une situation caractérisée par la méconnaissance de l'intérêt social et de l'intérêt des minoritaires. Peut-on dire pour autant qu'elle soit également caractérisée par la poursuite par les majoritaires de leur intérêt. Ce n'est pas la formule jurisprudentielle qui renseigne sur ce point mais les applications que les juges en ont faites.

431 Dijon, 30 juin 1998, RS. 1999.196.

432 Com., 8 juillet 1997, B. Joly 1998, § 352, note E. LEPOUTRE ; Com., 16 juin 1998, RS. 1999.103, note K. MEDJAOUI.

433 Voir nettement en ce sens : Com., 16 juin 1998, RS. 1999.103, précité.

434 Voir ci-dessus, n° 109 sqq.

435 Voir E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, n° 85.

436 Voir H. LE NABASQUE, *Contrôle, pouvoir de direction et d'organisation et droit de propriété dans l'entreprise sociale*, in *L'entreprise : nouveaux apports*, Economica 1987, p. 111 sqq., spéc. p. 117.

188 **Les applications jurisprudentielles.** Le débat relatif à l'abus de majorité a connu un développement particulier en matière d'affectation des bénéfices. La doctrine y a vu une manifestation de l'opposition entre l'intérêt des actionnaires et celui de l'entreprise⁴³⁷. Si le but de la société est de partager les bénéfices de l'activité sociale, il y a quelque chose d'anormal à ne pas distribuer de dividende. Cependant cette idée n'a pas toujours dominé. Comment savoir avant la dissolution de la société si l'exploitation a été profitable ou déficitaire *in fine* ? S'il a été procédé à des distributions de dividendes alors que les pertes semblent l'emporter en définitive ne s'agissait-il pas de dividendes fictifs ? La contribution aux pertes est repoussée à la dissolution ; pourquoi n'en serait-il pas de même de la participation aux gains⁴³⁸ ? Dans une telle perspective la mise en réserve des bénéfices d'un exercice apparaît normale et légitime, chaque associé est appelé de la même manière à un profiter à la dissolution. Pourquoi y aurait-il abus ? Le report à nouveau offre un exemple qui permet de comprendre en quoi peut consister l'abus. Le report à nouveau n'est pas affecté à la différence des réserves, il a donc une influence minime sur la valeur du titre et peut conduire à la formation de réserves occultes⁴³⁹. Dès lors si l'associé peu satisfait des résultats en terme de dividendes souhaite céder son titre pour actualiser ses droits dans la société, il ne pourrait même pas les valoriser en tenant compte des sommes qui ont fait l'objet de reports à nouveau. Il serait contraint de céder sa participation pour un montant sous-évalué. Cet associé, dira-t-on, peut être aussi bien majoritaire que minoritaire et alors l'abus de *majorité* ne peut être constitué. C'est cependant raisonner hâtivement car les majoritaires peuvent profiter de la situation pour racheter leurs titres sous évalués aux minoritaires déçus, renforcer ainsi leur position dominante au sein de la société et accéder aux fonctions de directions. Le report à nouveau n'a cependant pas toujours été retenu comme constitutif d'un abus de majorité par la jurisprudence. Le célèbre arrêt de la chambre commerciale de 1961 a cassé une décision qui l'avait retenu⁴⁴⁰. Il s'agissait cependant d'une censure disciplinaire pour manque de base légale dont la portée normative est réduite et qui en l'espèce visait à poser pour la première fois les conditions de motivation nécessaires

437 Voir G. SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse dactyl., Lyon III 1974, n° 242.

438 Sur ces questions voir la note de A. DALSACE sous Paris, 28 février 1959, S. 1959.134.

439 A. DALSACE, note sous Paris, 28 février 1959, précité.

440 Com., 18 avril 1961, précité.

pour retenir l'abus. Une situation particulière peut également justifier le report à nouveau⁴⁴¹.

189 Apparemment moins contestable, la mise en réserve a cependant provoqué de nombreux conflits entre actionnaires. Pourtant la constitution de réserves peut être une politique risquée. Lorsqu'elles ne sont pas utilisées pour réaliser des investissements ces sommes, parfois importantes, sont soumises à tous les aléas qui peuvent affecter la monnaie : dépréciation par le jeu de l'inflation, risques de change pour les devises... Sous le couvert d'autofinancement, les majoritaires exposent la société à des risques injustifiés. La mise en réserve systématique peut constituer un abus de majorité comme le report à nouveau. En l'absence d'investissement et surtout lorsque les majoritaires sont dirigeants, et s'attribuent des rémunérations importantes, la jurisprudence a retenu l'existence d'un abus. Vingt ans de mise en réserve sans aucune politique d'investissement⁴⁴², la constitution de réserves représentant 22 fois le capital social alors que les dirigeants perçoivent des rémunérations importantes⁴⁴³, relèvent manifestement de l'abus de majorité. Au contraire lorsqu'il existe une réelle politique d'autofinancement accompagnée d'une progression de la valeur de l'action qui profite à tous les actionnaires, il n'y a pas d'abus⁴⁴⁴. L'autofinancement n'est donc pas abusif mais il doit être réel ; est abusive la thésaurisation stérile, l'accumulation excessive de sommes sans affectation soumises aux risques inhérents à la monnaie. L'argent circule dans une société ; il ne doit pas être stocké sans raison.

190 Il existe beaucoup d'autres hypothèses d'abus de majorité dans les sociétés. La désignation d'un conseil d'administration dévoué à la majorité et dont les décisions sont favorables au groupe majoritaire et dirigeant plus qu'à la société est constitutive d'un abus⁴⁴⁵. De la même façon, sera répréhensible la reprise de l'activité d'une filiale et de son passif dans l'intérêt exclusif de l'associé majoritaire qui couvrirait ainsi sa gestion malheureuse⁴⁴⁶. Le transfert de l'activité au moyen d'un contrat de location-gérance à une société dont les maîtres sont les majoritaires est également abusif⁴⁴⁷. Des rivalités personnelles peuvent

441 Req., 16 novembre 1943, S. 1947.1.1, note R. HOUIN ; JCP. 1944, II, 255, note P. LESCOT : le montant du report à nouveau n'était pas excessif et il existait une situation particulière qui le justifiait.

442 Com., 22 avril 1976, précité.

443 Com., 6 juin 1990, précité.

444 Com., 23 juin 1987, BC., IV, n° 160 ; RTDCom. 1988.71, obs. Y. REINHARD.

445 Com., 6 février 1957, JCP. 1957, II, 10325, obs. D. B.

446 Com., 29 mai 1972, BC., IV, n° 164.

également provoquer des comportements abusifs⁴⁴⁸. Il peut même être envisagé une forme d'abus de majorité négatif lorsque le majoritaire s'oppose à la prise d'une décision nécessaire⁴⁴⁹.

191 Certains auteurs ont tenté d'établir une typologie des abus de majorité. On a proposé de distinguer selon que le but poursuivi par la majorité est un avantage extérieur à la société ou un avantage interne⁴⁵⁰ : le profit escompté est-il perçu en qualité d'associé ou en tant que tiers ? La proposition ne convainc pas. La mise en réserve systématique est-elle génératrice d'un avantage interne ou externe pour le majoritaire ? Il paraît interne, cependant il est impossible de dire que l'associé en bénéficie en tant qu'associé. Il en profite en accédant à des fonctions de direction et en excluant les minoritaires qui ne pourront plus contrôler sa gestion. Le but poursuivi semble en définitive être externe, en ce sens qu'il est toujours étranger à la qualité d'associé⁴⁵¹. Lorsque l'actionnaire doit se prononcer dans le cadre d'une décision collective, il doit avoir en vue l'intérêt de la société, il ne doit pas poursuivre un intérêt personnel. S'il a un intérêt en dehors de la société il doit faire prévaloir l'intérêt social. A l'inverse, le minoritaire doit subir le préjudice en tant qu'associé et ne pourrait se plaindre sur le fondement de l'abus de majorité d'un préjudice subi en qualité de tiers. Il ne peut se plaindre par exemple de la prise de contrôle d'une société tiers qu'il dirige.

192 En résumé, de cette étude de l'abus de majorité en droit des sociétés, apparaît abusive une décision adoptée dans un but étranger à l'intérêt de la société : il s'agit d'une décision illégitime. Cela permet d'affirmer par ailleurs que l'intérêt de la majorité est distinct de celui de la personne morale à laquelle est attribuée la décision.

193 L'abus de majorité dans les groupements de quiritaires. Il est courant de relever l'absence de définition légale de l'intérêt social et de l'abus qui peut l'atteindre⁴⁵². Il existe cependant un texte

447 Com., 8 janvier 1973, BC., IV, n° 13. Voir également Com., 24 janvier 1995, RTDCom. 1995.623, obs. B. PETIT, D. DANET ; P. LE CANNU, *La sous-filialisation abusive*, B. Joly 1995, § 99 ; RS. 1995.46, note M. JEANTIN, pour une utilisation condamnable de la forme de la commandite par actions.

448 Des antagonismes familiaux par exemple : Paris, 15 octobre 1986, D. 1987.13, note J. HONORAT, qui déboute cependant le demandeur dans la mesure où l'abus n'est pas établi.

449 Voir B. DONDÉRO, note sous Civ. I, 16 juillet 1998, D. 2000.63.

450 Voir P. COPPENS, thèse précitée, n° 43.

451 En ce sens : P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, op. cit., p. 423 sq. Voir également D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly 1999, n° 199 et 220.

452 Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration de A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 579.

qui ne relève pas strictement du droit des sociétés. Il s'agit de l'article 12 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 relatif à la copropriété maritime. Ce texte dispose que « l'annulation [des décisions prises à la majorité] est prononcée en cas de vice de forme ou si la décision attaquée est contraire à l'intérêt général de la copropriété et prise dans l'unique dessein de favoriser la majorité au détriment de la minorité ». Deux remarques préliminaires sont nécessaires avant de tirer des enseignements de ce texte. D'une part, la personnalité morale du groupement des quirataires⁴⁵³ est discutée⁴⁵⁴. D'autre part, l'existence de la loi de la majorité n'est pas subordonnée à la personnalité morale.

194 La formule de l'article 12 de la loi de 1967 reprend presque exactement celle adoptée par la jurisprudence du droit des sociétés. Cette disposition est une transposition fidèle de la règle prétorienne du droit des sociétés et il semble que la formule est fixée par une telle consécration législative. Les conditions de fonds sont identiques dans les deux matières. Il est impossible de dire qu'il n'y a pas de définition de l'abus de majorité en droit français, même si elle n'est pas posée dans le cadre du droit des sociétés. Le groupement des quirataires est en effet une copropriété d'une espèce particulière. Cela conduit à se demander s'il n'est pas possible de transposer la règle aux autres formes de copropriétés et notamment à celle des immeubles bâtis.

195 **L'abus de majorité dans le syndicat de copropriété : l'existence d'un intérêt propre au syndicat.** Les décisions sont prises à la majorité dans les syndicats de copropriétaires⁴⁵⁵. La loi de la majorité régit les assemblées de copropriétaires de la même manière que celles d'actionnaires⁴⁵⁶. Les auteurs qui font ce constat remarquent également qu'il y a moins de danger dans la copropriété immobilière à laisser la majorité décider que dans les sociétés⁴⁵⁷. Il est vrai que les délibérations collectives y sont strictement encadrées : existence de majorités différenciées selon l'objet de la consultation,

453 Les quirats sont les parts dans la copropriété d'un navire et les quirataires sont les copropriétaires. Voir *Vocabulaire Cornu*, V° Quirat.

454 Voir E. du PONTAVICE, *Une nouvelle personne morale, la société de quirataires ?*, RTDCom. 1963.1. En faveur de la personnalité morale du groupement des quirataires : Basse-Terre, 6 novembre 1995, PA. 2 juillet 1997, note B. SOINNE ; J.-P. REMERY, *Droit maritime : un an de jurisprudence de la cour de cassation*, RJDA. 7/99, p. 587, n° 6.

455 Article 24 de la loi du 10 juillet 1965.

456 Voir A. PONSARD, *Remarques sur le principe majoritaire dans les syndicats de copropriétaires d'appartements (Esquisse d'une comparaison avec les règles applicables aux assemblées d'actionnaires, d'obligataire et de porteur de part de fondateurs)*, in *Dix ans de conférences d'agrégation. Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz 1961, p. 269.

457 A. PONSARD, art. cit. ; Chr. LARROUMET, *L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis*, JCP. 1976, I, 2812.

Un intérêt spécifique

réglementation des mandats... L'article 22 de la loi de 1965 peut même être considéré comme une arme anti-abus de majorité. Ce texte limite le nombre de voix du copropriétaire qui dispose de la majorité absolue à lui seul à la somme des voix des autres copropriétaires. La conséquence de cette règle est que la majorité est toujours, en matière de copropriété, constituée par un groupe : elle est constituée d'au moins deux personnes, puisque le copropriétaire majoritaire ne peut à lui seul adopter une résolution, il a besoin du soutien d'au moins un autre membre du groupement.

196 Le groupe majoritaire peut-il abuser de la majorité qu'il détient ? La doctrine répond par l'affirmative⁴⁵⁸. La difficulté est surtout de savoir s'il convient de transposer la solution dégagée en droit des sociétés et si la jurisprudence est en ce sens. De la réponse adoptée dépend la transposition des conclusions formulées plus haut relativement à la distinction des intérêts.

197 Une question préalable doit être résolue. Il s'agit, comme en matière de sociétés, d'identifier l'intérêt propre de la personne morale dans la terminologie de la jurisprudence. La résolution de ce problème est moins aisée que pour les sociétés dans la mesure où la loi ne recourt pas à la notion d'intérêt. La doctrine quant à elle n'est pas fixée et les auteurs emploient une terminologie variée : intérêt collectif de la copropriété ou des copropriétaires⁴⁵⁹, intérêt général⁴⁶⁰, intérêt collectif⁴⁶¹, intérêt supérieur ou général de l'immeuble⁴⁶², intérêt commun⁴⁶³. La destination de l'immeuble peut être rapprochée de la notion d'intérêt du syndicat. La destination de l'immeuble⁴⁶⁴ présente l'avantage d'être une notion du droit positif⁴⁶⁵. Encore faut-il établir

458 F. GIVORD, *Essai sur la nature juridique de la copropriété par appartements*, in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Voirin*, LGDJ 1966, p. 262, n° 20, qui y voit un principe du droit commun ; M. AZOULAY, *Le droit de copropriété par appartements*, thèse dactyl., Paris 1956, n° 392 sqq. ; G. DUTHIL, *Le syndicat de copropriétaires, personne morale*, thèse Rennes, SRT Grenoble 1978, n° 233 sqq. ; C. MICHALOPOULOS, avec la collaboration de P. BARDY-CLÉMENT, *Pratique du droit de la copropriété*, Les éditions juris-services 1997, n° 288 ; M.-F. RITSCHY, *L'abus de majorité dans le droit de la copropriété*, Informations rapides de la copropriété avril 1996, n° 409, p. 16.

459 A. BLAISSE, J.-Cl. Civil, app. articles 544 à 577, Fasc. 41-2, *Pouvoirs des assemblées générales et recours contre les décisions*, n° 66.

460 E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *La copropriété des immeubles bâtis*, 4^{ème} éd., Litec 1989, n° 687.

461 E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, n° 688.

462 Fr. GIVORD, Cl. GIVERDON, *La copropriété*, avec la collaboration de P. CAPOULADE, 4^{ème} éd., Dalloz 1992, n° 121 et 408.

463 J.-L. MOUREY, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, préf. J. CARBONNIER, Bibl. dr. priv. n° 103, LGDJ 1970, n° 148.

464 Qu'il ne faut pas confondre avec la destination des parties privatives.

465 Article 8 de la loi de 1965 notamment.

Un intérêt spécifique

que le rapprochement n'est pas arbitraire. En doctrine, cette démarche n'est pas nouvelle, elle a été adoptée notamment par Monsieur Duthil⁴⁶⁶ qui considère qu'est conforme à l'intérêt collectif ce qui permet une jouissance conforme à la destination de l'immeuble. Pour Messieurs Givord et Giverdon, l'intérêt supérieur de l'immeuble c'est la destination de celui-ci⁴⁶⁷. Il est vrai que cette notion est caractérisée par sa souplesse et son caractère collectif, de la même manière que l'intérêt dans les groupements de personnes⁴⁶⁸. Les fonctions des deux notions sont également comparables : elles fondent et limitent les prérogatives des agents juridiques qui doivent agir conformément à elles. La jurisprudence elle-même donne des exemples de leur proximité. Un arrêt de la troisième chambre civile a ainsi rejeté un pourvoi dirigé contre une décision de Cour d'appel qui avait estimé légitimes des interdictions de circuler dans la copropriété⁴⁶⁹. Les juges du fond avaient pris en considération l'intérêt général des copropriétaires ce dont il résultait d'après la Cour de cassation que les restrictions litigieuses étaient justifiées au regard de la destination de l'immeuble. Dans cette décision, la motivation glisse de la notion d'intérêt général des copropriétaires, employée par la Cour d'appel, à celle de destination de l'immeuble, employée par la Cour de cassation. Si dans le domaine du contrôle de l'abus il est fait référence à la notion de destination, la jurisprudence recourt souvent également à la notion d'intérêt. Il est parfois qualifié de général, comme dans la décision frappée de pourvoi dans l'affaire précitée⁴⁷⁰. Il est aujourd'hui souvent accompagné du qualificatif collectif⁴⁷¹ après avoir été longtemps suivi de l'épithète de commun⁴⁷².

198 Il semble que l'existence d'un intérêt propre du syndicat de copropriétaires, dont la notion de destination de l'immeuble peut être rapprochée sans arbitraire, est établie⁴⁷³. Peut-on le distinguer de

466 G. DUTHIL, *Le syndicat de copropriétaires, personne morale*, thèse Rennes, SRT Grenoble 1978, n° 252 sqq.

467 Fr. GIVORD, Cl. GIVERDON, *La copropriété*, avec la collaboration de P. CAPOULADE, 4^{ème} éd., Dalloz 1992, n° 121.

468 J.-L. AUBERT, *Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble*, RDI. 1995.469.

469 Civ. III, 11 décembre 1973, JCP. 1974, II, 17659, note E.-J. GUILLOT.

470 Civ. III, 11 décembre 1973, précité.

471 Voir par exemple : Civ. III, 8 février 1989, Rev. Loyers 1989.187 ; Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND.

472 Voir par exemple : T. Civ. Seine, 13 mars 1952, GP. 1952.1.372. Sur ce passage voir : J. LAFOND, *L'abus de majorité dans les assemblées de copropriété*, Administrer janvier 1988, p. 14.

473 L'action du syndicat a cependant été déclarée irrecevable : Civ. III, 4 juin 1985, BC 1985, III, n° 88 ; RDI 1986.108, obs. F. GIVORD, Cl. GIVERDON ; D. 1985, IR 430 ; Paris, 20 janvier 1988, D. 1988.493, note critique Chr. ATIAS. En sens contraire : TGI. Paris, 1^{er} mars 1974, AJPI. 1974.811, note J.-R. BOUYEURE, qui a déclaré recevable la demande en dommages-intérêts d'un syndicat contre un copropriétaire

l'intérêt de la majorité comme on a pu distinguer l'intérêt social de l'intérêt de la majorité en droit des sociétés ? Avant d'apporter une réponse à cette question, deux remarques doivent être formulées. La première relève du constat : il n'y a pas en la matière de débat comparable à celui qui oppose les tenants de l'intérêt de l'entreprise et ceux de l'intérêt commun des actionnaires. Il n'a jamais été soutenu que l'intérêt du syndicat était celui d'une entreprise, synthèse supérieure et transcendante aux intérêts des copropriétaires. La seconde remarque introduira directement dans le vif du sujet. La rareté, relative, du contentieux n'a guère été favorable à la formation d'une formule aussi nette qu'en droit des sociétés. L'étude de la jurisprudence est moins aisée, mais elle permettra tout de même de tenter une brève synthèse.

199 **Les applications jurisprudentielles.** Avant 1965, le débat judiciaire relatif au contrôle de l'abus était lié à la question de la personnalité morale du syndicat des copropriétaires⁴⁷⁴. Elle est aujourd'hui reconnue. Il faut rechercher si l'on peut trouver dans la jurisprudence relative à l'abus de majorité une manifestation de la distinction des intérêts au sein de la personne morale.

200 Il est admis qu'un vote peut être favorable aux intérêts de certains copropriétaires sans être abusif⁴⁷⁵ et inversement nuire à certains autres sans l'être davantage⁴⁷⁶. L'intention de nuire n'est pas un élément constitutif de l'abus⁴⁷⁷. Le contrôle de l'abus n'est pas un contrôle de l'opportunité mais, comme en droit des sociétés, un contrôle de la légitimité⁴⁷⁸. Pour le rendre possible, l'assemblée doit fournir les motifs de sa décision⁴⁷⁹. Pour être abusive, une décision

qui avait refusé de voter des travaux . L'interprétation restrictive de l'article 42 de la loi de 1965 retenue par la jurisprudence est critiquable dans la mesure où il est admis que le syndicat représente les copropriétaires. Il peut par ailleurs agir en annulation de dispositions illicites du règlement de copropriété : Civ. III, 9 mars 1988, BC., III, n° 54.

474 Paris, 19 décembre 1961, D. 1962.476, note P. ESMEIN ; S. 1962.224 ; JCP. 1962,II, 12519, note R. DÉSIRY, qui refuse d'accueillir une demande en dommages-intérêts dirigée contre le syndicat au motif que celui-ci n'a pas la personnalité morale. Voir également T. Civ. Seine 14 avril 1963, RTDCiv. 1963. 575, obs. J.-D. BREDIN ; JCP. 1963, II, 13244, note P. ESMEIN.

475 T. Civ. Seine, 13 mars 1952, GP. 1952.1.372.

476 En ce sens : T. Civ. Seine, 14 avril 1963, précité. Voir également J. LAFOND, *L'abus de majorité dans les assemblées de copropriété*, Administrer janvier 1988, p. 14.

477 Paris, 14 mai 1966, D. 1966.531 ; RTDCiv. 1966.834, obs. J.-D. BREDIN ; Civ. III, 8 février 1989, Rev. Loyers 1989.187 ; Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND.

478 En ce sens : J. LAFOND, *L'abus de majorité dans les assemblées de copropriété*, Administrer janvier 1988, p. 14.

479 Lyon 17 février 1971, D. 1971, Somm. 226 ; JCP. 1971, II, 16880, note R. DÉSIRY ; Paris, 20 janvier 1988, D. 1988.493, note Chr. ATIAS ; qui considèrent

collective doit être prise sans considération pour l'intérêt collectif et contre lui⁴⁸⁰. Cela peut être le cas lorsque les majoritaires ont voté dans un intérêt distinct de l'intérêt collectif et sans prendre en considération les intérêts légitimes d'un copropriétaire victime d'un dégât des eaux dont le syndicat est responsable au titre de l'article 14 de la loi de 1965⁴⁸¹. La référence à la notion de légitimité se retrouve dans cette espèce. La légitimité entendue comme ce qui peut être souhaité universel est clairement illustrée. Chaque copropriétaire peut en effet être considéré comme souhaitant que le syndicat répare les préjudices dont il est responsable, sauf à contester éventuellement sa responsabilité ou le montant de la réparation, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. L'idée de légitimité se retrouve également dans l'appréciation des motifs qui ont déterminé la décision de l'assemblée. Ceux-ci doivent être légitimes, ce qui implique notamment qu'ils soient formulés⁴⁸². Une décision arbitraire est abusive⁴⁸³. A travers les notions de légitimité et d'universalisabilité, apparaît à nouveau l'idée de rupture d'égalité que l'on a avancée en droit des sociétés⁴⁸⁴. Elle se retrouve en matière de copropriété⁴⁸⁵.

201 Peut-on tenter une synthèse de la jurisprudence relative à l'abus de majorité dans les assemblées de copropriétaires ? La jurisprudence fournit elle-même des éléments de réponse dans ses développements les plus récents. Un rapprochement de la jurisprudence relative à la copropriété des immeubles bâtis et de celle relative aux sociétés est possible. Bien que l'analogie ait paru à certains fallacieuse⁴⁸⁶, elle semble justifiée. Ni la différence d'origine des groupements, volontaire ou non, ni la différence de buts, ne semble permettre d'écarter les leçons du droit des sociétés. D'après la jurisprudence récente, « constitue un abus de majorité le vote par une assemblée générale d'une résolution limitant à cinq copropriétaires

comme abusives des décisions prises sans raison exprimée.

480 Civ. III, 8 février 1989, Rev. Loyers 1989.187 ; Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND.

481 Paris, 22 novembre 1989, Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND ; LC. 1989, Comm. 100. Voir également Civ. III, 17 janvier 1978, BC., III, n° 41 ; D. 1978, IR. 321, obs. Chr. LARROUMET ; RTDCiv. 1978.655, obs. G. DURRY, pour un refus abusif d'effectuer des travaux.

482 Paris, 21 décembre 1989, Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND ; Paris, 20 janvier 1988, Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND ; D. 1988.493, note Chr. ATIAS.

483 Civ. III, 15 décembre 1993, LC. 1994, Comm. 84.

484 Voir ci-dessus, n° 106 sqq. et n° 245.

485 Paris, 19 décembre 1994, LC. 1995, Comm. 182 ; Paris, 20 février 2000, LC. 2000, Comm. 173, .

486 J. LAFOND, *L'abus de majorité dans les assemblées de copropriété*, Administrer janvier 1988, p. 14.

sur huit le droit de stationner dans la cour commune, cette résolution n'ayant pas été prise dans l'intérêt collectif, mais en vue de favoriser un groupe de copropriétaires au détriment des autres »⁴⁸⁷. Ce mouvement est perceptible également dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui par un arrêt du 10 mars 1993⁴⁸⁸ a cassé pour manque de base légale une décision de Cour d'appel qui « tout en relevant que cette résolution correspondait à l'intérêt particulier des copropriétaires bailleurs,... n'a pas recherché si cette résolution ne désavantageait pas les autres copropriétaires ». Dans ces décisions se retrouve le double critère de la jurisprudence commerciale : contrariété à l'intérêt de la personnalité morale et rupture d'égalité entre les membres du groupement. Ainsi semble assurée l'unité du contrôle prétorien de l'abus de majorité. Cela permet de conclure dans le même sens que précédemment en ce qui concerne désormais le syndicat de copropriétaires : l'intérêt de la personne morale est distinct de celui de la majorité.

202 L'abus de majorité dans la masse des obligataires. L'abus de majorité peut être également retenu dans la masse des obligataires. Cela résulte implicitement d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 13 juin 1995⁴⁸⁹ qui a cassé pour manque de base légale la décision d'une Cour d'appel qui avait retenu l'existence d'un abus de majorité alors que le seul fait que les obligataires majoritaires à l'assemblée étaient des sociétés du groupe de l'émetteur n'est pas nécessairement contraire aux droits des obligataires. Cette situation ne suffit pas à elle seule à caractériser l'abus. Il en irait autrement au cas où les obligataires qui appartenaient au groupe de l'émetteur auraient privilégié leurs intérêts de sociétés sœurs et non ceux de créanciers.

203 Observations sur l'abus de majorité dans les autres espèces de personnes morales. L'attention doit se porter ici sur deux types de groupements fort différents l'un de l'autre : l'association et les comités sociaux. Si la première est un lieu de liberté statutaire, les seconds sont légalement et étroitement réglementés. Pourtant le même constat s'impose pour les deux : l'abus de majorité n'est pas un

487 Paris, 2 avril 1993, D. 1993, IR. 143 ; RDI. 1993.417, obs. P. CAPOULADE, Cl. GIVERDON. Comparer avec Paris, 26 mai 1995, LC. 1995, Comm. 495, qui recourt aux notions de conformité à l'intérêt collectif, d'absence de motif valable et d'intérêt propre.

488 Civ. III, 10 mars 1993, RDI. 1993.417, obs. P. CAPOULADE, Cl. GIVERDON.

489 Com., 13 juin 1995, JCP. E, II, 712, note Y. GUYON ; RS. 1995.736, note P. DIDIER ; B. Joly 1995, § 305, note A. COURET ; B. Joly Bourse 1995, § 56, ; et note P. LE CANNU, *Obligations remboursables en actions : les enseignements de l'arrêt Métrologie internationale*, B. Joly Bourse 1995, § 50.

problème. Il n'apparaît ni en jurisprudence, ni en doctrine. Il n'était pas inconcevable *a priori* de transposer la construction que exposée dans ces domaines. Il faut énoncer brièvement les raisons qui font que la question de l'abus de majorité n'a pas retenu les juges, ni la doctrine.

204 En ce qui concerne l'association, la possibilité de constater un abus de majorité n'est pas exclue. Un groupe majoritaire peut chercher à privilégier des intérêts qui sont extérieurs à l'association et contraires à l'intérêt de celle-ci. Il n'y a aucune raison de ne pas étendre la sanction que la jurisprudence a retenue en matière de société et de copropriété à l'association. L'absence de texte n'est pas un obstacle, dans la mesure où seule la loi de 1967 relative au statut des navires contient une disposition qui sanctionne les abus de la majorité⁴⁹⁰. La répression des abus est considérée comme relevant des principes du droit des obligations qui peuvent s'appliquer en l'absence de texte⁴⁹¹. Or il est admis que le non-respect des principes applicables aux contrats et obligations est une cause d'irrégularité des délibérations des associations⁴⁹². La discrétion des abus de majorité au sein des associations semble s'expliquer par des raisons propres à cette espèce de groupement. L'association ne peut répartir de bénéfices entre ses membres, qui n'ont pas nécessairement fait d'apport autre qu'en industrie. Les sociétaires n'ont aucune vocation à devenir propriétaire d'une part de l'actif. Les voix sont donc réparties selon une clé différente de celle employée en droit de sociétés : le principe est un homme, une voix⁴⁹³. Les membres sont en principe isolés et aucun d'eux n'a la majorité. Il est rare que se forme un groupe majoritaire qui se distingue d'un groupe minoritaire. Cette situation est fort peu favorable aux abus⁴⁹⁴. Ce ne sont pas deux personnes⁴⁹⁵ qui doivent s'entendre pour commettre un abus mais souvent un grand nombre. Il sera difficile qu'elles se trouvent un intérêt personnel extérieur à la personne morale et qui leur soit commun. Le plus souvent sur une population importante l'intérêt poursuivi par le groupement sera le seul à être partagé par les sociétaires. Si théoriquement il n'est pas inconcevable de prévoir une

490 Article 12 de la loi du 3 janvier 1967.

491 Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, op. cit., n° 579.

492 *Lamy Association*, n° 214-75, Lamy 1999. Voir également, en matière d'association, l'article 1^{er} de la loi de 1901.

493 Le principe est susceptible d'aménagement, puisque l'on peut aller jusqu'à la suppression du droit de vote, ce qui aura des conséquences sur le mode de calcul des majorités : *Lamy Association*, Lamy 1999, n° 214-50 sqq.

494 Ce que l'on ne peut regretter bien sûr.

495 Sauf lorsque le groupement est composé de trois membres.

Un intérêt spécifique

sanction à l'abus de majorité, l'organisation de l'association semble pratiquement exclure le risque d'abus⁴⁹⁶.

205 En matière de comités sociaux, la même observation peut être faite⁴⁹⁷. Elle n'est cependant pas suffisante. Le contentieux de la régularité des délibérations des comités semble plus abondant qu'en matière d'association. La question de l'abus de majorité n'est cependant toujours pas soulevée. Comment expliquer alors que, bien que le contentieux surgisse, il ne porte pas sur l'abus de majorité ? Les comités sociaux connaissent le principe majoritaire⁴⁹⁸. Il n'est pas exclu *a priori* que le vote majoritaire soit susceptible d'abus. Une raison complémentaire vient s'ajouter à la précédente qui justifie l'absence de contentieux de l'abus de majorité dans le droit des comités sociaux en général et dans le droit des comités d'entreprises en particuliers. L'absence de contentieux de l'abus s'explique par un aspect particulier du comité : leur encadrement précis par les dispositions législatives. La loi prévoit dans le détail ce que peut faire le comité⁴⁹⁹. Dès lors, il semble que beaucoup de décisions non conformes à l'intérêt du comité sont en définitive illicites : elles ne manifesteront pas un mauvais usage du droit mais un dépassement de celui-ci. Cependant, pas plus que pour les associations, il n'est possible d'exclure un mauvais usage du droit qui dégénérerait en abus. Une délibération du comité d'entreprise dont les motifs seraient exclusivement syndicaux par exemple et qui favoriserait une tendance présente au sein du groupement au détriment des autres membres serait sûrement considérée comme abusive sans pour autant méconnaître une disposition législative⁵⁰⁰. Il est utile et même nécessaire de le rappeler dans la mesure où la situation peut se présenter.

206 Il semble, en définitive, que si l'abus de majorité reste discret dans ces deux institutions ce n'est pas en raison d'une impossibilité théorique mais plutôt de difficultés pratiques. Le fait que la loi de la majorité ne rencontre pas la limite de l'abus telle qu'elle a été définie par la jurisprudence en matière de droit des sociétés ou en matière de

496 A moins d'un accord si large des sociétaires qu'il n'y aura aucune contestation.

497 J.-P. LEROY, *La majorité du comité d'entreprise*, RPDS. 1989.241 ; M. COHEN, *La minorité du comité d'entreprise*, RPDS 1989.245.

498 Pour le comité d'entreprise : L. 434-3 al. 3 du Code du travail.

499 La moitié des membres du comité peut demander à l'inspecteur du travail de convoquer le comité en cas de carence de l'employeur : article L. 434-3 du Code du travail ; le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert comptable : article L. 434-6 du Code du travail.

500 Soc. 18 mai 1983, BC., IV, n° 266. En sens contraire : Soc., 26 janvier 1999, JCP. 1999, I, 185, n° 14, obs. J.-L. ALLIOT ; TPS. 1999, Comm. 145, note B. TEYSSIÉ.

copropriété ne permet donc pas de conclure que dans l'association et dans les comités sociaux l'intérêt de la personne morale est l'intérêt de la majorité⁵⁰¹.

B) Intérêt de la personne morale et intérêt de tous les membres

207 L'intérêt du groupement est-il la somme des intérêts individuels de ses membres ? L'objet des prochaines analyses sera l'idée selon laquelle l'intérêt collectif d'un groupement est égal à la somme des intérêts individuels de ses membres. Si ni l'intérêt de la majorité, ni l'intérêt de la minorité ne peuvent définir l'intérêt de la personne morale, c'est peut-être qu'il faut être plus exigeant et demander à l'intérêt de tous les membres de concourir à la formation de l'intérêt collectif. La loi de la majorité n'est pas propre à la personnalité morale. Elle n'est pas non plus nécessaire à son fonctionnement. Il existe des hypothèses où seule l'unanimité est habilitée à prendre une décision. Cela ne permet pas d'affirmer que l'intérêt de la personne morale est l'intérêt de tous les membres : l'unanimité est impuissante à couvrir un certain nombre d'atteintes à l'intérêt de la personne morale (1). La distinction est plus difficile lorsque l'intérêt commun est en jeu puisqu'il semble viser par définition l'intérêt de tous les individus qui composent un groupe⁵⁰². Cependant, même dans ce cas, l'assimilation n'est pas justifiée (2). L'étude de la mise en œuvre des actions en justice permettra de conforter les positions adoptées (3).

1) *L'unanimité*

208 L'exigence d'unanimité. L'unanimité est parfois exigée pour l'adoption de décisions collectives. Il peut s'agir dans une société d'accroître les engagements des associés⁵⁰³. Une assemblée de copropriétaire peut décider à l'unanimité d'aliéner des parties communes⁵⁰⁴. Il s'agit en définitive d'une majorité qualifiée particulièrement exigeante. Comme toute majorité, l'unanimité n'exprimerait pas nécessairement l'intérêt de la personne morale. Qu'en est-il lorsque l'unanimité intervient pour couvrir une atteinte à l'intérêt collectif ? Pourra-t-elle justifier un acte condamnable au

501 L'abus de majorité est envisageable dans les syndicats, comme dans toute association : P. DURAND, *Traité de droit du travail*, avec le concours de A. VITU, Dalloz 1956, t. III, n° 72. C'est à l'occasion des scissions que le problème s'est posé le plus nettement : J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical*, in *Droit du travail*, publié sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, t. 5, Vol. 1, 2^{ème} éd., Dalloz 1987, n° 102 sqq. et n° 132 sqq.

502 *Vocabulaire Cornu*, V° *Commun*, sens 1.

503 Articles 1836 du Code civil et L. 225-96 du Code de commerce. Voir D. RANDOUX, *L'unanimité des associés*, in *Liber amicorum Georges Daublou*, Defrénois 2001.

504 Article 26 al. 3 de la loi de 1965.

regard de l'intérêt de la personne morale ? Lorsqu'il y a une atteinte grave à l'intérêt social elle pourra constituer une infraction pénale : l'abus de biens sociaux⁵⁰⁵. Les tentatives des associés pour couvrir un abus de biens sociaux sont particulièrement intéressantes. L'atteinte à l'intérêt social est un élément constitutif de l'infraction, alors que les conventions réglementées même non autorisées ou approuvées ne sont pas nécessairement contraires à l'intérêt de la société.

209 L'abus de biens sociaux et l'unanimité. Le problème est de savoir si, lorsqu'un abus de biens sociaux a été commis par les dirigeants d'une société anonyme ou à responsabilité limitée, les associés peuvent s'entendre en assemblée pour approuver à l'unanimité l'acte accompli au préjudice de la société. Le délit d'abus de biens sociaux protège l'intérêt de la société. Les textes d'incrimination font référence de manière expresse à l'intérêt de la société⁵⁰⁶. Lorsqu'un abus de biens sociaux a été commis c'est au préjudice de la société dont il avait la charge que le dirigeant a agi. C'est donc bien une atteinte à l'intérêt social que l'unanimité cherche à couvrir. Dès lors l'alternative est simple : soit l'unanimité, qui exprime l'intérêt propre de tous les associés, peut couvrir l'usage irrégulier des biens ou du crédit de la société et alors il sera légitime de conclure que l'intérêt de la personne morale est celui de tous les associés ; soit l'union des associés est impuissante à couvrir les agissements du dirigeant et alors la conclusion ne sera plus justifiée et la distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt individuel de tous ses membres se manifestera.

210 La solution est apportée par la jurisprudence qui a connu de la question⁵⁰⁷. Elle a adopté la seconde branche de l'alternative : elle exclut que l'unanimité puisse couvrir les agissements délictueux d'un dirigeant social⁵⁰⁸. La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « La loi [a] pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle »⁵⁰⁹. La volonté des associés⁵¹⁰ de ratifier les actes répréhensibles du dirigeant

505 Ou en l'absence de dispositions particulières un abus de confiance : article 314-1 du Code pénal.

506 Articles L. 241-3 (SARL) et L. 242-6 (SA) du Code de commerce.

507 Voir sur l'ensemble de la question : A. DEKEUWER, *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, JCP 1995 E, I, 500.

508 Crim., 30 septembre 1991, B. Joly 1992, § 40, note D. BARADERIE ; RS. 1992.356, note B. BOULOC.

509 Crim., 30 septembre 1991, précité.

510 La volonté des associés exprimée en assemblée est en principe attribuée à la société elle-même. Cette remarque permet d'observer que même si elle résulte d'un accord unanime des associés la volonté de la société victime de l'abus de biens

est impuissante même lorsque la société est composée de deux membres⁵¹¹. La solution est la même en l'absence de délibération collective lorsque la société est unipersonnelle⁵¹². L'énoncé du problème faisait référence à une ratification des actes délictueux mais il faut constater que l'autorisation donnée préalablement à l'usage abusif des biens de la société serait tout aussi inefficace⁵¹³. La somme des intérêts individuels des associés exprimée par la délibération unanime reste différente de l'intérêt de la société. Cela apparaît clairement à l'étude de l'influence d'une délibération unanime sur la poursuite d'un abus de biens sociaux. Doit-on adopter une opinion différente lorsque le droit positif renvoie à la notion d'intérêt commun ?

2) *L'intérêt commun*

211 La notion d'intérêt commun se retrouve aussi bien dans les groupements personnifiés de la doctrine traditionnelle⁵¹⁴, que dans les groupements qui ne sont pas reconnus d'ordinaire comme des personnes morales⁵¹⁵. La particularité de l'intérêt commun est d'apparaître comme l'intérêt de tous les membres du groupe⁵¹⁶. Dès lors, l'intérêt commun peut devenir un argument pour nier la personnalité morale de certaines institutions : puisqu'il n'existe pas d'intérêt distinct de la somme des intérêts individuels des membres, il n'y a aucun support à la personnification du groupement. Dans le cadre de la présente recherche la question qui se présente est la suivante : l'intérêt commun est-il la somme des intérêts individuels des membres du groupe ? Pour y répondre, l'étude portera d'abord sur l'intérêt commun visé directement par les textes relatifs au droit de l'indivision et ensuite sur l'intérêt de la famille. L'intérêt commun des associés confirmera enfin les conclusions de ces analyses.

212 **L'intérêt commun dans l'indivision.** La notion d'intérêt commun est une notion du droit positif en matière d'indivision. De nombreuses dispositions sont inspirées par l'intérêt commun mais toutes n'utilisent pas l'expression⁵¹⁷. Le Code civil y recourt

sociaux est impuissante à légitimer un comportement répréhensible dans la mesure où le consentement de la victime est inefficace en droit pénal. En ce sens en matière d'abus de biens sociaux, P. BONNASSIES, note sous T. Corr. Seine, 14 novembre 1958, affaire des grands hôtels de Vichy, D. 1959.568.

511 Crim., 26 mai 1994, B. Joly 1994, § 361 ; pour une SARL composée d'un père et de son fils.

512 Crim., 14 juin 1993, B. Joly 1993, § 337, note B. SAINTOURENS, pour une EURL.

513 Crim., 5 novembre 1963, D. 1964.52.

514 Article 1833 du Code civil relatif à la société.

515 Articles 815-5 et 815-6 du Code civil relatifs à l'indivision.

516 *Vocabulaire Cornu*, V° *Commun*, sens 1.

517 P. CATALA, *L'indivision*, Def. 1979, art. 31874, n° 32.

Un intérêt spécifique

expressément dans deux dispositions : les articles 815-5 et 815-6, qui sont inspirés des articles 217 et 220-1 du Code civil relatif à l'intérêt de la famille⁵¹⁸. La loi du 31 décembre 1976 relative à l'indivision a consacré une véritable promotion de l'intérêt commun, au point que certains auteurs ont exprimé leurs craintes de voir les intérêts individuels sacrifiés⁵¹⁹. En doctrine, la notion de destination est parfois employée⁵²⁰. Dans les textes, la notion d'intérêt de l'indivision se trouve également⁵²¹. L'article 815-5 est le plus intéressant pour deux raisons. D'une part, il a donné lieu à beaucoup plus de jurisprudence que l'article 815-6, ce qui permet de fonder son opinion sur un terrain plus ferme. D'autre part, l'intérêt figure dans les conditions de droit et non dans les effets ce qui a conduit les juges à s'interroger sur le contenu juridique de la notion.

213 La question de savoir si l'intérêt commun est l'intérêt de tous les indivisaires a retenu l'attention de la doctrine. Dans la tradition civiliste, l'indivision est un faisceau de prérogatives individuelles⁵²². Depuis 1976, cela ne semble plus être aussi vrai. Cependant les auteurs ont cru devoir persévérer à affirmer qu'il n'existe aucun intérêt collectif distinct des intérêts individuels des indivisaires⁵²³. Certains nuancent leurs propos en relevant que si l'intérêt commun est l'intérêt de tous les indivisaires, il s'agit de l'intérêt de tous les indivisaires en tant qu'indivisaires⁵²⁴. Il convient aujourd'hui de reprendre l'étude afin de se prononcer en connaissance de cause. Cela apparaît nécessaire dans la mesure où un lien semble exister entre l'existence de l'intérêt commun et la question de la personnalité morale de l'indivision, même si le sens de la relation n'apparaît pas clairement en jurisprudence. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁵²⁵ a déduit de l'absence de personnalité morale de l'indivision, affirmée péremptoirement, l'absence d'intérêt commun. La Cour d'appel de Paris a affirmé quant à elle l'existence d'un tel intérêt en l'absence de personnalité morale⁵²⁶. Pour l'instant, il s'agit de déterminer s'il est

518 Ibid.

519 J. PATARIN, *La double face du régime juridique de l'indivision*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec 1990, p. 331.

520 F.-X. TESTU, *L'indivision successorale*, in *Le droit patrimonial de la famille*, collection Dalloz Action, Dalloz 1998, n° 1929.

521 Article 1873-5 du Code civil relatif à la révocation du gérant de l'indivision.

522 P. CATALA, *L'indivision*, Def. 1979, art. 31874, n° 32.

523 J. PATARIN, précité.

524 C. WATINE-DROUIN, *Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis*, RTDCiv. 1988.267.

525 Aix, 2 mars 1983, D. 1984.145, note A. BRETON ; RTDCiv. 1984.343, obs. J. PATARIN ; Def. 1984, art. 33267, n° 40, obs. G. CHAMPENOIS.

526 Paris, 26 septembre 1990, JNA. 1991, article n° 60125, obs. E. S. DE LA MARNIÈRE.

possible de dégager un intérêt commun distinct de la somme des intérêts individuels des indivisaires, afin de pouvoir répondre plus loin à la question de la personnalité morale de l'indivision. Quelques précisions terminologiques permettront de résoudre plus sûrement le problème de l'intérêt commun.

214 En quoi l'intérêt est-il commun ? L'intérêt est-il commun à l'indivision ou aux indivisaires ? Apparemment le caractère commun suppose la pluralité⁵²⁷. Il est absurde qu'un individu isolé recherche ce qu'il a de commun, serait-ce avec lui-même. S'il est possible de dire que l'intérêt commun est l'intérêt de l'indivision⁵²⁸, il est plus surprenant de dire que l'intérêt commun est l'intérêt commun de l'indivision. La jurisprudence a cependant utilisé cette terminologie mais elle est restée indécise. Dans certaines décisions de juges du fond et de la Cour de cassation c'est l'intérêt commun des indivisaires qui est visé⁵²⁹. Parfois, cependant, la Cour de cassation vise l'intérêt commun de l'indivision pour censurer des décisions de juges du fond qui avaient manifestement méconnu l'aspect collectif de l'indivision⁵³⁰. D'autres fois encore, la Cour de cassation utilise la terminologie légale sans la compléter⁵³¹.

215 **L'intérêt commun dans l'article 815-5 du Code civil.** L'article 815-5 du Code civil permet à un indivisaire de passer outre le refus d'un de ses coindivisaires lorsque l'opposition met en péril l'intérêt commun. Il s'agit d'une exception au principe de l'unanimité qui régit l'indivision⁵³². Cela apparaît clairement à la lecture de l'article 1873-8 du Code civil relatif aux décisions dans l'indivision conventionnelle. Cette disposition permet au gérant indivisaire de palier l'absence d'unanimité par une décision de justice obtenue sur le fondement des articles 815-5 ou 815-6 du Code civil. On peut légitimement se demander s'il ne s'agit pas d'une étape vers l'adoption de la loi de la majorité dans l'indivision tant l'évolution en la matière

527 En ce sens : A. BRETON note sous Aix, 2 mars 1983, précité.

528 Sur l'intérêt de l'indivision : en droit positif, l'article 1873-5 du Code civil ; en doctrine, J.-G. RAFFRAY, J.-P. SÉNÉCHAL, *Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision*, n° 57, JCP. N 1985, I, p. 129.

529 Lyon, 23 mai 1990, GP. 1991.1.125, note A. PIÉDELIÈVRE ; Civ. I, 6 novembre 1990, BC., I, n° 236 ; RTDCiv. 1991.378, obs. J. PATARIN ; RDI. 1991.33, obs. J.-L. BERGEL.

530 Civ. I, 14 février 1984, BC., I, n° 301 ; D. 1985.104, note A. BRETON ; RTDCiv. 1985.756, obs. J. PATARIN ; Def. 1985, art. 33489, n° 35, obs. G. CHAMPENOIS.

531 Civ. I, 29 novembre 1988, JCP. 1989, II, 21364, note F.-X. TESTU ; RTDCiv.1989.609, obs. J. PATARIN ; RTDCiv. 1990.111, obs. F. ZÉNATI.

532 En ce sens : TGI Dieppe, 14 février 1979, GP. 1979.2.495, note E. S. DE LA MARNIÈRE ; RTDCiv. 1980.130, obs. Cl. GIVERDON ; D. 1980, IR. 361, obs. A. BRETON.

Un intérêt spécifique

rappelle celle qu'a connue la société civile au XIX^e siècle⁵³³. Les juridictions ne sont pas toutes aussi exigeantes. La Cour d'appel de Paris a exigé de l'acte qu'il lui était demandé d'autoriser, qu'il soit nécessaire et non seulement profitable⁵³⁴. Le fait d'éviter une perte est conforme à l'intérêt commun et le refus qui expose l'indivision à une perte lui est donc contraire⁵³⁵. L'intérêt commun s'étend à la réalisation avantageuse d'un bien⁵³⁶. Le refus d'un indivisaire qui permet la valorisation d'un bien dont tous profiteront ne met pas en péril l'intérêt commun⁵³⁷. Au contraire, le fait d'empêcher une vente avantageuse justifie l'autorisation judiciaire⁵³⁸. Sera également de nature à mettre en péril l'intérêt commun l'opposition à la vente d'un bien afin de payer les droits de mutation dus à l'occasion d'une succession⁵³⁹.

216 Les actes autorisés profiteront à tous les indivisaires en leur qualité d'indivisaire. L'opposant à la décision avait soit une conception différente de l'intérêt commun, soit un intérêt personnel autre que celui qu'il avait en tant qu'indivisaire. Malheureusement, les décisions renseignent peu sur les motifs des refus. Elles retiennent rarement la mise en péril de l'intérêt commun⁵⁴⁰. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a motivé sa décision par des considérations relatives à la distinction de l'intérêt commun et des intérêts individuels des indivisaires⁵⁴¹. Dans cette décision la Cour a affirmé que l'intérêt commun est différent de la simple juxtaposition des intérêts propres de chaque indivisaire. Elle a accompagné cette motivation d'une comparaison de l'intérêt commun à l'intérêt de la famille. La Cour de cassation aurait pu se prononcer clairement sur ce point si elle avait répondu au moyen soulevé par un pourvoi finalement rejeté au motif que l'appréciation de l'intérêt commun relevait du pouvoir souverain des juges du fond⁵⁴². Le moyen se plaçait cependant sur un terrain pertinent en reprochant à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 815-5 du Code civil en se référant à l'intérêt personnel de l'un des

533 Voir TOULLIER et DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. XX, J. Renouard et C^{ie} 1839, n°285 sqq.

534 Paris, 26 septembre 1990, précité.

535 Lyon, 23 mai 1990, GP. 1991.1.125, note A. PIÉDELIEVRE ; Civ. I, 14 février 1984, précité.

536 Civ. I, 29 novembre 1988, précité : refus qui met en péril l'intérêt commun ; Paris, 25 janvier 1983, JCP. N 1983, II, p. 157 : refus conforme à l'intérêt commun.

537 Paris, 25 janvier 1983, précité.

538 Civ. I, 29 novembre 1988, précité.

539 Civ. I, 14 février 1984, précité.

540 J.-B. DONNIER, J.-Cl. Civil, art. 815 à 815-18, Fasc. 30, n° 144 sqq.

541 Paris, 26 septembre 1990, précité.

542 Civ. I, 21 juillet 1987, BC., I, n° 247.

indivisaires ou de personnes étrangères à l'indivision, au lieu de considérer l'intérêt commun. Il faisait ressortir le fait qu'un intérêt extérieur à l'indivision soit parce qu'il est celui d'une personne qui n'est pas indivisaire, soit parce qu'il est celui d'un indivisaire pris en une autre qualité que celle de membre de l'indivision, ne saurait être conforme à l'intérêt commun. Dans ces conditions celui-ci ne peut être défini comme la somme des intérêts individuels des membres du groupe. Seule la Cour d'appel de Paris a eu, semble-t-il, l'occasion de se prononcer nettement en ce sens. L'étude de l'article 815-6 du Code civil permettra de renforcer cette opinion.

217 L'intérêt commun dans l'article 815-6 du Code civil. L'article 815-6 du Code civil permet au président du Tribunal de Grande Instance de prescrire à la demande d'un indivisaire toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun. C'est l'application de ce texte qui a fourni à la Cour de cassation l'occasion de prendre position sur la distinction des intérêts individuels des indivisaires et de l'intérêt de l'indivision⁵⁴³. Un indivisaire se heurte au refus de ses coindivisaires de demander la révision du loyer d'un bail commercial consenti à une société dont les opposants sont associés. Il les fait citer devant le président du TGI de Grasse qui nomme un administrateur afin de demander la révision du loyer⁵⁴⁴. Pour trancher en ce sens le juge a analysé la notion d'intérêt commun. Il oppose, d'une part, l'intérêt commun à l'intérêt particulier et l'assimile d'autre part à l'intérêt de l'indivision. Cette motivation est rejetée par la Cour d'appel d'Aix qui réduit l'intérêt commun à l'intérêt de tous les indivisaires. Elle constate que cela n'est pas le cas en l'espèce, réforme la décision de première instance et déboute l'indivisaire de sa demande⁵⁴⁵. Elle se fonde sur l'opinion non discutée par elle selon laquelle l'indivision n'a pas la personnalité morale et qu'il n'existe pas d'intérêt de l'indivision distinct de l'intérêt des indivisaires. Cette décision est cassée par la Cour de cassation pour manque de base légale au regard de l'article 815-6 du Code civil⁵⁴⁶. Elle estime que la Cour d'appel en se déterminant ainsi n'a pas motivé sa décision, alors que la meilleure rentabilité de l'immeuble indivis, à laquelle sont intéressés tous les indivisaires, est de leur intérêt commun.

543 Aix, 2 mars 1983, précité, arrêt rendu sur appel de TGI Grasse 2 novembre 1981, *ibid.*, note A. BRETON ; RTDCiv. 1984.343, obs. J. PATARIN ; Def. 1984, art. 33267, n° 40, obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. I, 13 novembre 1984, BC 1984, I, n° 301 ; D. 1985.104, note A. BRETON ; RTDCiv. 1985.756, obs. J. PATARIN ; Def. 1985, art. 33489, n° 35, obs. G. CHAMPENOIS.

544 TGI Grasse, 2 novembre 1981, précité.

545 Aix, 2 mars 1983, précité.

546 Civ. I, 13 novembre 1984, précité.

Un intérêt spécifique

L'existence en la personne de certains indivisaires d'intérêts divergents nés d'une circonstance étrangère à l'indivision n'implique pas l'absence d'intérêt commun. D'une part, il s'agissait d'une cassation pour manque de base légale ; il n'est pas possible de dire que la Cour de cassation contrôle la notion d'intérêt commun dans la mesure où il s'agit d'un contrôle de la motivation à la portée normative plus réduite qu'une cassation pour violation de la loi. D'autre part, apparaît une nette distinction des intérêts. Ce qui importe pour caractériser l'atteinte à l'intérêt commun c'est la recherche d'un intérêt externe à l'indivision. Agit contrairement à l'intérêt commun l'indivisaire qui poursuit un intérêt extérieur au groupement. Le motif qui est souvent mal connu lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 815-6 du Code civil est discuté dans la dernière espèce étudiée. Les indivisaires étaient associés de la société locataire d'un local commercial indivis entre eux et un non associé. La révision du loyer aurait eu pour conséquence de réduire les bénéfices de la société en provoquant une augmentation de ses charges. Ils ne pouvaient espérer compenser complètement cette charge par un gain en tant qu'indivisaire car ils auraient dû alors le partager avec l'indivisaire non associé. C'est bien un avantage externe qui était escompté. Il s'agit même d'un avantage illégitime dans la mesure où un indivisaire ne peut être considéré comme voulant une telle situation, car il ne peut savoir *a priori* quelle sera sa position réelle⁵⁴⁷. Apparaît ainsi la portée d'une nuance apportée par certains auteurs⁵⁴⁸ qui précisent que si l'intérêt commun est déterminé par l'intérêt des indivisaires, seul doit être envisagé leur intérêt en tant qu'indivisaires. Cette idée se retrouve dans la jurisprudence. Elle peut être rapprochée de celle dégagée en matière de société : seule la poursuite d'un intérêt interne est conforme à l'intérêt social et toute tentative de réaliser un intérêt externe peut être considérée comme abusive⁵⁴⁹. En conclusion l'intérêt commun en droit de l'indivision apparaît distinct de la somme des intérêts individuels de tous les indivisaires. Il n'est pas plus l'intérêt de la majorité. La décision du 13 novembre 1984 de la Cour de cassation relative à l'application de l'article 815-6 du Code civil a reconnu que l'intérêt personnel de trois indivisaires sur quatre ne détermine pas l'intérêt commun dès lors qu'il est étranger à l'indivision⁵⁵⁰. L'étude de l'intérêt de la famille va-t-elle conduire à des conclusions semblables ?

547 Sur le critère de la légitimité : voir ci-dessus, n° 106 sqq.

548 C. WATINE-DROUIN, art. précité ; G. CHAMPENOIS, obs. sous Aix, 2 mars 1984, Def. 1984, art. 33267, et sous Civ. I, 13 novembre 1984, précité

549 Voir ci-dessus, n° 251.

550 Civ. I, 13 novembre 1984, précité.

218 **L'intérêt de la famille.** Le rapprochement entre l'intérêt de la famille⁵⁵¹ et l'intérêt commun en matière d'indivision a déjà été fait⁵⁵². S'il peut être envisagé de transposer les solutions acquises précédemment, c'est que la même question se pose en droit de la famille : l'intérêt de la famille est-il la résultante de la somme des intérêts individuels de ses membres ? L'intérêt de la famille est souvent qualifié d'intérêt commun et cela justifie que l'on se pose cette question⁵⁵³.

219 Ce seront les régimes matrimoniaux qui fourniront l'essentiel de la matière et pour être plus précis le régime primaire applicable à tous les époux⁵⁵⁴. Depuis un demi-siècle la notion d'intérêt de la famille est devenue le « pivot de la réglementation des effets quant aux droits et devoirs des époux »⁵⁵⁵. Le régime de la communauté ne peut être uniquement, ni même spécialement, considéré, car, même comme régime de droit commun, cela serait trop réducteur. Il est préférable d'envisager l'hypothèse la plus large même s'il faut par la suite réduire le champ de validité de la proposition analysée. Le droit positif fait référence à la notion d'intérêt de la famille en dehors du cadre strict du droit de la famille⁵⁵⁶. Il apparaît particulièrement intéressant d'étudier les dispositions où la notion figure dans l'hypothèse et non dans les effets. Cela conduira à étudier de préférence l'application de l'article 1397 du Code civil avant d'analyser l'article 220-1. D'un point de vue moins théorique, il convient de distinguer les situations où les époux sont d'accord, des situations de crise. Il n'y a pas deux notions d'intérêt de la famille qui correspondraient chacune à un type de situations⁵⁵⁷, mais il est vrai que les contours de la notion apparaissent plus nettement en situation de crise⁵⁵⁸. Toutes les dispositions qui intègrent une référence à l'intérêt de la famille prévoient un recours judiciaire, ce qui attribue un rôle essentiel au juge dans la

551 Sur l'intérêt de la famille en général voir notamment : H. AULAGNON, *Notion et protection de l'intérêt de la famille en droit civil moderne, spécialement d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse dactyl., Lyon 1946, p. 165 sqq. ; E. ASSI, *L'intérêt de la famille*, thèse dactyl., Montpellier 1983, passim ; R. THÉRY, *L'intérêt de la famille*, JCP. 1972, I, 2485 ; M. HENRY, article précité.

552 C. WATINE-DROUIN, art. précité. Voir également en jurisprudence : Paris, 26 septembre 1990, précité.

553 Voir R. THÉRY, article précité ; A. PONSARD, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Dalloz 1966, n° 60.

554 Auquel sont assimilées les dispositions relatives au changement de régime qui par essence sont applicables sous tous les régimes.

555 H. SOLUS, *Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942*, RTDCiv. 1943.81, n° 7.

556 Voir par exemple l'article 1751 du Code civil.

557 M. HENRY, article précité, n° 29.

558 M.-J. REYMOND DE GENTILE, *Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimonial*, JCP 1973, I, 2558.

détermination de la notion. La question à résoudre ici est la même que celle étudiée plus haut en matière d'indivision : existe-t-il un intérêt de la famille distinct de la somme des intérêts individuels des membres de celle-ci ? L'argument analogique qui conduirait à adopter en droit de la famille la même solution qu'en droit de l'indivision n'est pas pleinement satisfaisant. L'argument terminologique qui soutient que la seule affirmation d'un intérêt de la famille implique l'existence d'un intérêt distinct des intérêts individuels ne l'est guère plus⁵⁵⁹. Tout ce qu'établit l'emploi en législation de l'expression d'intérêt de la famille, c'est l'existence en droit positif de la notion, rien de plus⁵⁶⁰. Pour déterminer les relations de celle-ci avec l'intérêt de membres du groupe familial, il faut une étude plus approfondie de l'application des dispositions qui font référence à la notion d'intérêt de la famille⁵⁶¹.

220 L'article 1397 du Code civil et l'intérêt de la famille. L'article 1397 du Code civil permet aux époux de changer de régime matrimonial après deux années de fonctionnement de l'ancien régime par un acte notarié soumis à homologation dès lors que le changement est conforme à l'intérêt de la famille. La possibilité et la nécessité d'un contrôle de l'intérêt de la famille par le juge ont été discutées en doctrine. Certains auteurs ont soutenu qu'il était impossible et qu'il fallait s'en remettre à la volonté des époux⁵⁶². D'autres ont affirmé la nécessité d'un contrôle judiciaire de l'opportunité⁵⁶³. La Cour de cassation a opté pour un contrôle de l'existence et de la légitimité de l'intérêt de la famille⁵⁶⁴, mais certains restent sceptiques face à une formule jurisprudentielle qu'ils jugent trop ambiguë pour être utile⁵⁶⁵.

559 A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse dactyl., Paris II 1975, p. 50.

560 La jurisprudence et la doctrine emploient des termes voisins : l'intérêt supérieur du foyer conjugal (T. Civ. Pau, 4 juillet 1934, GP. 1934.2.398) ; l'intérêt du ménage (J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret 1932, p. 111 et p. 460 ; articles 2 et 3 de la loi des 13-16 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage, DP. 1907.4.149).

561 Voir également sur l'intérêt de la famille en tant que standard J. CARBONNIER, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable*, sous la direction de Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles 1994.

562 M. HENRY, article précité, n° 24-26.

563 H., L., J., MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. IV, Vol. 1, *Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien 1982, p. 83 ; M.-J. REYMOND DE GENTILE, article précité ; J.-Y. CHEVALIER, in J.-Y. SAIN, J.-Y. CHEVALIER, *Les règles des régimes matrimoniaux*, PUF 1968 ; E. POISSON, *Le changement de régime matrimonial (article 1397 du Code civil)*, RTDCiv. 1969.469, n° 67.

564 Civ. I, 6 janvier 1976, D. 1976.253, note A. PONSARD ; JCP. 1976, II, 18461, note J. PATARIN ; RTDCiv. 1976.537, obs. R. NERSON ; JNA. 1976, art. 53105, obs. J. V.

Un intérêt spécifique

221 Le fait que les époux soient d'accord pour changer de régime matrimonial ne les dispense pas d'alléguer et de prouver que leur initiative est conforme à l'intérêt de la famille⁵⁶⁶. Dans un premier temps, les demandes qui tendaient à l'adoption du régime de la séparation de biens ont été les plus nombreuses mais il semble qu'aujourd'hui ce soit la communauté universelle avec ou sans clause d'attribution intégrale qui attire les époux⁵⁶⁷. L'adoption du régime de la séparation est souvent liée au développement de l'activité commerciale d'un époux⁵⁶⁸. Le ménage pense ainsi mettre à l'abri les biens du conjoint non commerçant et protéger ceux qui sont les plus essentiels à la vie familiale, notamment la résidence de la famille. Un tel choix ne semble pas particulièrement lié à une conception familiale des intérêts en cause. Cependant en n'exposant pas des biens aussi importants pour la vie familiale que le logement de la famille le régime de la séparation de biens permet d'assurer une « plus sûre destination familiale des biens »⁵⁶⁹. Ne sera pas conforme à l'intérêt de la famille l'adoption du régime de la séparation dictée par une volonté de fraude aux droits des créanciers⁵⁷⁰. L'intérêt sera peut être personnel, commercial... mais il ne sera pas familial et sera de toute façon illégitime. Quant à l'adoption de la communauté universelle, son aspect familial peut revêtir plusieurs formes. Il peut être réellement communautaire lorsqu'il a pour but une gestion commune des biens, mais cela reste exceptionnel. Le plus souvent par l'ajout d'une clause d'attribution intégrale au conjoint survivant la communauté devient un instrument de prévoyance⁵⁷¹. Le souci d'assurer le maintien de son cadre de vie au conjoint survivant est « un désir légitime »⁵⁷². Il est vrai que l'on peut y voir une manifestation du devoir d'assistance et de secours entre époux⁵⁷³. Il peut s'agir également lorsque la situation patrimoniale des époux ne justifie pas à elle seule le changement de régime matrimonial, de reporter la date de liquidation de la succession

565 E. DE MONTREDON, *Vingt-cinq ans de changement de régime matrimonial par requête conjointe*, JCP. 1991, I, 3527.

566 Civ. I, 25 mai 1982, BC 1982, I, n° 192 ; Def. 1983, art. 33104, n° 68, obs. G. CHAMPENOIS.

567 E. DE MONTREDON, article précité.

568 TGI. Seine, 6 janvier 1967, in G. GOUBEUX, Ph. BIHR, *L'application jurisprudentielle de la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*, Rep. Def. 1974, n° 135.

569 TGI. Chaumont, 12 juillet 1969, JCP. 1969, II, 16075.

570 Colmar, 9 février 1972, D. 1973.157, note E. POISSON ; Civ. I, 6 mai 1985, D. 1985, IR. 432.

571 TGI. Lille, 16 mai 1967, JCP. 1968, II, 15370, note J. PATARIN ; Poitiers 19 décembre 1968, JCP. 1969, II, 15902, note J. P. ; Civ. I, 6 janvier 1976, précité.

572 TGI. Lille, 16 mai 1967, précité.

573 R. THÉRY article précité, notamment n° 30.

Un intérêt spécifique

du conjoint prédécédé, afin d'en épargner le souci au survivant⁵⁷⁴ ou de lui permettre de s'occuper d'un enfant incapable par exemple. Sera au contraire étranger à l'intérêt de la famille un changement qui permettra uniquement, et sans nécessité, l'enrichissement d'un époux⁵⁷⁵ même si par ailleurs l'intérêt de la famille peut être purement fiscal⁵⁷⁶. Sera également contraire à l'intérêt de la famille le changement de régime dicté par l'hostilité des époux à l'égard de leur gendre et de leur belle-fille alors que la situation du conjoint survivant est assurée par ailleurs⁵⁷⁷. Il existe enfin une distorsion provoquée par l'insuffisante protection de l'enfant naturel d'un époux face au changement de régime matrimonial de son auteur. L'enfant légitime issu d'un premier mariage bénéficie de l'action en retranchement prévue par l'article 1527 du Code civil. L'enfant naturel n'a aucune voie de droit pour protéger ses droits éventuels sur la succession de son père ou de sa mère⁵⁷⁸. La fraude peut être invoquée dans ce but mais elle doit être établie⁵⁷⁹ et il n'est pas certain que toutes les situations défavorables à l'enfant naturel soient dictées par une intention frauduleuse. L'intérêt de l'enfant naturel limitera le jeu de l'intérêt de la famille.

222 La Cour de cassation par son arrêt du 6 janvier 1976 a tenté de donner une formule synthétique afin de guider les juridictions du fond dans leur recherche de l'intérêt de la famille⁵⁸⁰ : « l'existence et la légitimité de l'intérêt de la famille doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble ; le seul fait que l'un des membres de la famille risquerait de se trouver lésé n'interdit pas la modification ou le changement envisagé ; notamment le souci d'assurer la situation du conjoint survivant répond à un intérêt familial de nature à justifier le changement de régime matrimonial ». La formule a été reprise par la suite par la Cour de cassation⁵⁸¹ comme par les juges du fond⁵⁸²,

574 TGI. Paris, 18 juin 1982, Def. 1983, art. 33104, obs. G. CHAMPENOIS, en présence de dissensions au sein de la famille ; Civ. I, 17 juin 1986, JCP. N 1986, II, p. 250, obs. Ph. SIMLER ; JCP. 1987, II, 20809, note M. HENRY.

575 Rouen, 3 février 1981, Def. 1981, art. 32697, n° 74, obs. G. CHAMPENOIS ; D. 1982, IR. 236, obs. D. MARTIN ; RTDCiv. 1982.389, obs. R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI.

576 Amiens, 9 mai 1977, Def. 1978, art. 31530, n° 97, obs. G. CHAMPENOIS ; GP. 1978.2.390, note M. M.

577 Paris, 26 octobre 1989, D. 1989, IR. 300.

578 Civ. I, 8 juin 1982, D.1983.19, note M. BEAUBRUN ; JCP. 1983, II, 20018, note M. HENRY ; Def. 1982, art. 32944, n° 76, obs. G. CHAMPENOIS.

579 Civ. I, 6 novembre 1979, D. 1980.295, note E. POISSON-DROCOURT ; Def. 1980, art. 32448, obs. G. CHAMPENOIS.

580 Civ. I, 6 janvier 1976, précité.

581 Civ. I, 25 mai 1982, précité ; Civ. I, 17 juin 1986, précité.

582 Rouen, 3 février 1981, précité ; Paris, 26 octobre 1989, D. 1989, IR. 300 ; Paris, 30 janvier 1991, JCP.1992 N, II, p. 204, obs. G. WIEDERKEHR ; Def. 1991, art. 35018,

essentiellement à propos d'adoption du régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale⁵⁸³. La jurisprudence fait apparaître que l'intérêt de la famille est déterminé en fonction de l'intérêt des époux. Peut-on dire pour autant qu'il est l'intérêt de tous les membres de la famille, entendu essentiellement comme le ménage ? Il ne semble pas possible de l'affirmer dans la mesure où l'intérêt d'un seul époux peut déterminer l'intérêt de la famille. Il l'emportera non parce qu'il est préférable aux autres intérêts individuels mais plutôt parce qu'il est le seul à présenter la qualité familiale que l'on recherche lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 1397 du Code civil. Sur le fond il sera qualifié de familial car il manifeste une volonté d'assumer et d'assurer les devoirs et obligations nés du mariage⁵⁸⁴. Cela explique que sont écartées les modifications et changements dictés par une intention malveillante à l'égard d'un membre de la famille au sens large et commun du terme. Seraient de même refusées par le juge de l'homologation les conventions qui auraient pour but d'organiser la séparation des époux ou le départ d'un époux du domicile conjugal⁵⁸⁵.

223 L'intérêt de la famille et l'article 217 du Code civil. Les observations faites alors que les époux sont d'accord conservent-elles leur validité lorsque la mésentente survient ? L'étude de l'application de l'article 217 du Code civil permettra de le vérifier. Ce texte permet à un époux d'être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement de son conjoint est requis lorsque celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou lorsque son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. La rédaction de cette disposition implique le contrôle de l'intérêt. Cependant des divergences doctrinales sont apparues pour savoir s'il s'agit d'un contrôle de l'opportunité⁵⁸⁶, de la faute⁵⁸⁷ ou de la légitimité⁵⁸⁸. Les juges du fond quant à eux contrôlent l'existence et la légitimité des motifs du refus : en l'absence de tout motif légitime le refus sera considéré comme contraire à l'intérêt de la famille⁵⁸⁹. La possibilité de vendre un bien sur autorisation de justice a été discutée. Elle a été considérée comme conforme à l'intérêt de la

n° 30, obs. G. CHAMPENOIS.

583 E. DE MONTREDON, article précité.

584 Voir R. THÉRY, article précité, n° 30.

585 Voir R. THÉRY, article précité, n° 29.

586 Voir H. AULAGNON, *Notion et protection de l'intérêt de la famille en droit civil moderne, spécialement d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse dactyl., Lyon 1946, p. 165 sqq.

587 Voir M. HENRY, article précité, n°32.

588 Voir P. C. SOHOUENOU, *Les articles 217 et 219 du Code civil. Les actes pécuniaires d'un époux en cas de résistance de son conjoint*, thèse dactyl., Paris II 1983, n° 283 sqq.

famille lorsqu'elle porte sur un immeuble objet d'une saisie immobilière⁵⁹⁰. La vente purement volontaire a parfois été autorisée⁵⁹¹. Le refus opposé à un tel acte a d'autres fois été jugé conforme à l'intérêt de la famille lorsque le demandeur n'invoquait lui-même aucun intérêt légitime mais était inspiré par une intention malveillante à l'égard de son conjoint⁵⁹². La distinction de l'intérêt personnel d'un époux et de l'intérêt de la famille apparaît clairement dans une décision du TGI. de Grenoble⁵⁹³ qui refuse à une personne mariée l'autorisation d'opérer des prélèvements sur des fonds séquestrés au motif que le demandeur a besoin d'argent dans son intérêt personnel et non dans celui de la famille⁵⁹⁴. Si l'intérêt d'un époux semble privilégié au détriment de celui de l'autre c'est, comme en matière de changement de régime matrimonial, en raison de sa qualité familiale et non en tant qu'intérêt individuel⁵⁹⁵. Par ailleurs la distinction des intérêts apparaît nettement dans ces situations de conflits : lorsqu'un époux poursuit un intérêt personnel étranger à la famille, notamment lorsqu'il méconnaît ses devoirs conjugaux, il est manifeste que l'intérêt de la famille ne peut être réduit à la somme des intérêts individuels des membres de la famille⁵⁹⁶. La confirmation de cette opinion peut être cherchée enfin dans l'étude d'une dernière disposition, avant de tenter une synthèse des recherches relatives à l'intérêt de la famille.

224 **L'intérêt de la famille et l'article 220-1 du Code civil.**

L'article 220-1 du Code civil permet à un époux de faire prescrire par le juge aux affaires familiales toutes les mesures urgentes que requièrent les intérêts de la famille lorsque ces derniers sont mis en péril par les manquements d'un époux à ses devoirs. Ce texte fait référence aux devoirs de l'époux. Ce sont les violations de ses obligations par un époux qui constituent une méconnaissance de l'intérêt de la famille, ainsi que cela est déjà apparu à l'étude des articles 1397 et 217 du Code civil. Met en péril les intérêts de la

589 Poitiers, 2 février 1944, JCP. 1944, II, 2644, note M. FRÉJAVILLE ; Paris, 18 février 1964, JCP. 1964, II, 13598, note R. D.

590 TGI. Seine, 22 février 1967, D. 1967.626 ; G. GOUBEUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 45.

591 Grenoble, 7 novembre 1972, GP. 1973.1.286 ; G. GOUBEUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 48.

592 Paris, 29 septembre 1972, D. 1975.540, note C.-I. FOULON-PIGANIOL ; JCP. 1974, II, 27620, note R. THÉRY.

593 TGI. Grenoble, 25 juillet 1989, D. 1989.536, note G. CHAMPENOIS.

594 Il s'agissait de besoins professionnels d'un mari qui avait quitté le domicile conjugal.

595 Voir R. THÉRY, article précité, notamment n° 30 ; E. ASSI, *L'intérêt de la famille*, thèse dactyl., Montpellier 1983, n° 144.

596 Cela est vrai d'ailleurs quelle que soit la composition retenue de la famille, puisque cela est vrai pour le groupe restreint, donc a priori plus homogène, que constitue le ménage.

famille, le fait pour un époux infidèle de dilapider les biens de la communauté au profit de sa maîtresse⁵⁹⁷. De même le mari qui a quitté le domicile conjugal, et ne remplit ni ses obligations d'époux, ni celles de chef d'entreprise, méconnaît-il gravement l'intérêt de la famille⁵⁹⁸. Il en est de même du manque de discernement dans la gestion des biens communs⁵⁹⁹. Les intérêts en cause ne sont pas uniquement des intérêts patrimoniaux⁶⁰⁰. Quant aux mesures, elles sont exclusivement familiales et l'article 220-1 du Code civil ne permet pas à un époux et au juge de s'immiscer dans la gestion d'une société dont l'époux défaillant est dirigeant⁶⁰¹. Il est possible cependant d'obtenir l'inscription au nom de l'épouse de la moitié des parts dans une société dès lors que, s'agissant de biens communs, cela permet de préserver la communauté des agissements d'un mari subjugué par sa jeune maîtresse⁶⁰². Le juge peut également prescrire des mesures urgentes afin d'assurer le maintien dans les lieux d'un époux délaissé même s'il faut pour cela modifier la contribution aux charges du mariage de l'époux défaillant⁶⁰³. Il peut également nommer un administrateur provisoire ainsi que l'y autorise l'article 220-1 du Code civil⁶⁰⁴. Il apparaît à nouveau que l'intérêt de la famille ne peut être conçu comme la somme des intérêts individuels des époux⁶⁰⁵. Un époux peut poursuivre son intérêt personnel et méconnaître, parfois gravement, l'intérêt de la famille.

225 Essai de synthèse sur l'intérêt de la famille. Du point de vue substantiel, si la notion d'intérêt de la famille est souvent d'ordre patrimonial, elle présente aussi des aspects moraux importants. La santé des époux notamment ne peut être négligée dans l'appréciation de l'intérêt de la famille. La bonne entente entre les époux et la protection de l'union conjugale par le respect des devoirs nés du mariage semblent former l'essentiel du contenu de la notion. On peut

597 TGI. Digne, 1^{er} juillet 1972, D. 1972, Somm. 194; JCP. 1973, II, note D. MAYER ; Def. 1973, art. 10311, obs. J. MASSIP ; JNA. 1973, p. 903, obs. J. VIATTE ; D. 1973.259, note C.-I. FOULON-PIGANIOL.

598 TGI. Nevers, 13 juillet 1971, D. 1971.643, note G. B. ; G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 36.

599 Orléans, 25 mars 1987, JCP. 1988 N, II, p. 63, obs. Ph. SIMLER.

600 TGI. Saintes, 21 octobre 1969, G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 32 ; TGI. Saintes, 10 juin 1966, D. 1967.540 ; G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 33.

601 TGI. Annecy, 13 mai 1966, RTDCiv. 1967.379, obs. R. NERSON ; GP. 1967.2.87 ; G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 34. Voir également Versailles, 25 juin 1995, JCP. N 1997, II, p. 807.

602 TGI. Digne, 1^{er} juillet 1972, précité.

603 TGI. Saintes, 21 octobre 1969, précité.

604 Pour un exemple : TGI. Paris, 10 mai 1976, D. 1978.596, C.-I. FOULON-PIGANIOL.

605 Voir J. PATARIN, G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. I, *Statut fondamental et régime légal*, 3^{ème} éd., Rép. Def. 1974, n° 85.

Un intérêt spécifique

identifier à côté de l'intérêt de la famille, un objet social : l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. La réalisation de cet objet, dans des conditions plus favorables matériellement et moralement qu'à l'état de célibataire est le but de l'institution familiale. La famille comme d'autres groupements inclut dans son objet une référence implicite à un intérêt qui n'est pas celui de ses membres : l'intérêt des enfants. Cela explique que cet intérêt peut parfois limiter la portée de l'intérêt d'une famille dans laquelle les enfants n'ont pas le statut de membre à part entière⁶⁰⁶. Cette dernière réflexion amène naturellement à conclure sur l'aspect structurel de l'intérêt de la famille. Il semble, à l'issue de cette étude des dispositions applicables en droit français à l'ensemble des personnes mariées, que l'opinion qui voit dans l'intérêt de la famille une somme d'intérêts individuels, est intenable aujourd'hui⁶⁰⁷ au regard de la réforme des régimes matrimoniaux et de son application jurisprudentielle⁶⁰⁸. L'intérêt de la famille apparaît manifestement distinct des intérêts individuels des époux⁶⁰⁹. L'intérêt de la famille n'est pas déterminé par une addition d'intérêts individuels mais par une appréciation sur la qualité de l'intérêt invoqué. Seul un intérêt légitime, c'est-à-dire réellement familial, justifiera l'action des époux. Cela ne permet pas encore d'affirmer qu'il est possible de personnifier la famille, mais seulement que l'obstacle de la distinction des intérêts est levé. On échappe ainsi au dilemme qui semble être celui de la doctrine classique : soit l'intérêt de la famille est l'intérêt de tous et alors il n'y a pas d'intérêt distinct des intérêts individuels, ce qui exclut la personnalité morale de la famille ; soit l'intérêt de la famille peut être réduit à l'intérêt d'un seul de ses membres et il n'y a pas plus d'intérêt collectif distinct et toujours pas de personne morale envisageable. Si l'intérêt soutenu par un époux est considéré comme légitime, ce n'est pas par une faveur personnelle, mais en raison de sa qualité familiale, qu'il est le seul à présenter.

606 Voir ci-dessus, n° 227 sqq.

607 Voir P. DIDIER, *L'option de la femme commune en biens*, préf. M. FRÉJAVILLE, Bibl. dr. priv. n° 5, LGDJ 1956, p. 212 et p. 233.

608 L'existence d'un intérêt collectif, l'intérêt du ménage, avait déjà été soutenu par le doyen Carbonnier dans sa thèse : *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932, p. 116 sqq., p. 346 sqq. La démonstration n'a pas convaincu, de l'aveu même de son auteur : J. CARBONNIER, *La communauté entre époux est-elle une personne morale ?*, Travaux de l'association H. Capitant, t. VIII, 1953, Dalloz 1955, p. 280.

609 Voir G. MORIN, M. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. II, *Régimes conventionnels et formules d'application*, 2^{ème} éd., Rép. Def. 1974, n° 412.

226 **L'intérêt commun des associés.** Il s'agit ici de renvoyer pour l'essentiel aux développements relatifs aux abus de majorité et de minorité en droit des sociétés⁶¹⁰. Une nouvelle observation sur le terrain de l'intérêt commun les complétera simplement. L'article 1833 du Code civil dispose que toute société est constituée dans l'intérêt commun des associés. Cet intérêt commun est-il la somme des intérêts individuels des associés ? Deux arguments conduisent à répondre par la négative. D'une part, l'intérêt commun n'est pas apparu comme l'intérêt de tous, notamment en matière d'indivision et dans le droit de la famille : il n'y a aucune raison qu'il en soit différemment en droit des sociétés. D'autre part, la négative a déjà emporté l'opinion à propos des décisions prises à l'unanimité⁶¹¹ : l'intérêt de tous les associés ne peut être assimilé à l'intérêt de la société, l'intérêt social n'est pas la somme des intérêts individuels des associés. Il n'est donc pas davantage possible d'affirmer que l'intérêt commun des associés est l'intérêt individuel de tous, qu'il était possible d'affirmer que l'intérêt commun en matière d'indivision ou l'intérêt de la famille sont le résultat de l'addition des intérêts individuels des membres de ces groupes. Certains auteurs, dont Monsieur Schmidt, affirment cependant que l'intérêt commun de l'article 1833 du Code civil n'est pas l'intérêt de la société⁶¹². La proposition ne rend pas compte du droit positif. Si l'intérêt commun des associés devait se distinguer de l'intérêt social, on ne pourrait que constater son inutilité en l'état actuel de la jurisprudence. Si au contraire il est l'intérêt social alors il apparaît comme l'intérêt de la société elle-même. La thèse de Monsieur Schmidt n'est cependant pas fondamentalement critiquable dans la mesure où elle peut être révisée de manière à s'adapter au droit tel qu'il est. Il est ainsi permis de considérer que l'intérêt social est l'intérêt commun des membres de la société pris en leur qualité d'associés. Il est à la fois l'intérêt de la société et déterminé par l'intérêt des associés. La position de Monsieur Schmidt peut être mise en conformité avec cette idée. Elle visait surtout à faire une contre proposition aux thèses de l'École de Rennes qui exacerbaient la notion d'intérêt social considéré comme l'intérêt de l'entreprise. Le lien entre l'intérêt commun des associés et l'intérêt social se manifeste nettement dans la dualité des conditions de l'abus de majorité : atteinte à l'intérêt social et rupture d'égalité. Dès lors que l'intérêt

610 Sur l'intérêt social : voir ci-dessus, n° 241 sqq. et n° 267 sqq.

611 Voir ci-dessus, n° 278 sqq

612 D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, RDBB. 1995.130 ; du même auteur : *De l'intérêt commun des associés*, RDBB. 1994.204 ; M. GERMAIN, *L'intérêt commun des actionnaires*, JCP. CDE 1996, n° 4, p. 13.

social n'est pas l'intérêt de l'entreprise, il n'est pas pertinent de distinguer l'intérêt social de l'intérêt commun⁶¹³.

227 **Intérêt commun et intérêt collectif.** Ces observations permettent de conclure à la synonymie des termes intérêt commun et intérêt collectif contrairement à ce qui semblait résulter des définitions communément admises des adjectifs employés.

228 Avant d'étudier une autre distinction, celle de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt de ses organes, il faut achever la critique de la théorie de l'intérêt comme somme d'intérêts individuels par une analyse du régime de certaines actions en justice.

3) *Les actions en justice*

229 La question à résoudre ici ne sera pas de savoir si une association ou un autre type d'organisation, peut agir en faveur de personnes autres que ses membres⁶¹⁴, mais de savoir si l'intérêt de la personne morale est le résultat d'une addition d'intérêts individuels. Dépasser ce cadre revient à poser la question de la distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt général et non plus celle de la distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt de ses membres. Les actions en responsabilité renseignent de manière significative sur cette dernière distinction. L'étymologie illustre le lien entre l'intérêt et la responsabilité. Le mot intérêt se retrouve encore dans le langage juridique actuel dans l'expression dommages-intérêts. Cela vient d'un sens ancien du terme qui désignait le préjudice subi⁶¹⁵. Deux domaines ont fourni l'essentiel de la matière. Le droit des associations, d'une part, a donné l'occasion aux juridictions civiles d'élaborer une jurisprudence dite des ligues de défense. Le droit des procédures collectives a, d'autre part, clairement posé la question mais il lui a donné des solutions différentes selon les époques. L'étude sera menée sur ces deux points avant de tenter une brève synthèse des leçons tirées de ces analyses.

230 **Les actions en justice des ligues de défense.** L'action en justice d'une personne morale ne peut en principe tendre à la protection de l'intérêt purement individuel d'un membre. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer l'irrecevabilité de telles

613 En ce sens : A. PIROVANO, *La « boussole » de la société ; Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, Chr. 189.

614 Cette question sera traitée plus loin : voir ci-dessous, n° 364 sqq.

615 *Trésor de la langue française*, t. X, V° *Intérêt*, CNRS 1984 ; G. BRAIVE, *L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt*, in *Droit et intérêt* Vol. I, *Approche interdisciplinaire*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, Bruxelles 1990.

Un intérêt spécifique

actions notamment en matière syndicale⁶¹⁶. Le législateur est d'ailleurs intervenu en ce domaine pour prévoir des exceptions à cette irrecevabilité de principe. Il a autorisé les syndicats à se substituer à des individus dans la défense de leur intérêt individuel⁶¹⁷ (article L. 135-4 al. 1 du Code du travail, par exemple⁶¹⁸). La distinction entre l'intérêt individuel d'un membre et l'intérêt de la personne morale apparaît tellement nette à certains auteurs qu'ils qualifient les actions d'un groupement dans l'intérêt personnel d'un de leur membre d'actions dans l'intérêt d'autrui⁶¹⁹. Au contraire, la jurisprudence a jugé recevable l'action en responsabilité civile introduite par une association lorsqu'elle est fondée sur un intérêt collectif⁶²⁰. La question qui se pose est de savoir comment définir l'intérêt collectif qui justifie la recevabilité de l'action et plus particulièrement de savoir s'il est la somme des intérêts individuels des membres de la personne morale.

231 Avant la loi de 1901, des décisions avaient subordonné la recevabilité des actions syndicales à l'existence d'« un intérêt commun à tous les membres » du groupement⁶²¹. C'est une idée aujourd'hui largement répandue en doctrine⁶²². Il n'existe pas cependant de jurisprudence décisive en ce sens. Un arrêt de la première chambre civile du 25 mai 1975 a rejeté le pourvoi dirigé contre la décision d'une Cour d'appel qui avait déclaré recevable l'action d'une association de défense contre la pollution atmosphérique dans un quartier. La Cour de cassation affirme dans cette décision de rejet qu'une association déclarée peut réclamer la réparation des atteintes portées aux intérêts collectifs de ses membres et que son action est recevable dans les limites de son objet social, même si le préjudice

616 Soc., 21 octobre 1981, BC., V, n° 811. Voir également S. GUINCHARD, *L'action de groupe en procédure civile française*, RIDComp. 1990.599, n° 15.

617 Il doit tout de même s'agir d'un travailleur et l'intérêt protégé doit malgré tout être lié à l'exercice de l'activité par l'individu défendu. Il s'agit pourtant d'un intérêt individuel.

618 Cette action se distingue de l'intervention prévue à l'alinéa 2 de l'article L. 135-4 du Code du travail qui est une action d'intérêt collectif. La différence apparaît à la lecture du texte qui vise l'intéressé dans son premier alinéa pour désigner le travailleur et ne traite de l'intérêt collectif que dans son second alinéa. Voir J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 121.

619 G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 2^{ème} éd., collection Thémis, PUF 1996, n° 92.

620 Poitiers, 28 décembre 1925, S. 1926.2.65, note A. ESMEIN ; le pourvoi dirigé contre cette décision a été rejeté par : Civ., 25 novembre 1929, DH. 1930.1.

621 Amiens, 13 mars 1895, DP. 1895.2.553, note M. PLANIOL.

622 L. COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dactyl., Aix 1974, notamment n° 116 ; L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administrative et judiciaire*, préf. G. VINEY, Bibl. dr. priv. n° 278, LGDJ 1997 ; G. VINEY, note sous Civ., 25 mai 1975, D.1976.318.

invoqué est antérieur à la date de sa constitution⁶²³. La recevabilité de l'action de l'association est affirmée au seul motif que l'intérêt collectif des membres a été atteint, sans qu'il soit exigé de l'intérêt collectif qu'il soit celui de tous les membres. Cet arrêt a été cité par les auteurs qui soutiennent que l'action de l'association est recevable même si tous les membres n'ont pas été atteints⁶²⁴. D'autres auteurs ont cependant estimé que l'action avait été jugée recevable car l'intérêt commun à tous les membres avait été touché⁶²⁵. Cette décision ne permet pas à elle seule de trancher la question. D'autres décisions ont été invoquées au soutien de la position qui voit dans l'intérêt collectif une somme d'intérêts individuels. Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 10 octobre 1978⁶²⁶ a rejeté le pourvoi dirigé contre la décision d'une Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable l'action d'une association au motif que les statuts du groupement n'indiquaient pas que l'association pourrait agir en justice en vue d'obtenir réparation du préjudice souffert par tous les adhérents. Malgré la position du conseiller rapporteur exprimée dans le commentaire que lui a inspiré l'arrêt rendu par la Cour de cassation⁶²⁷, il est difficile de considérer cette décision comme déterminante. L'irrecevabilité de l'action n'est pas motivée par des considérations relatives à la définition de l'intérêt collectif, mais à l'absence de mention dans les statuts de la possibilité pour l'association d'introduire des demandes en justice en défense des intérêts collectifs de ses membres⁶²⁸.

232 Certains arrêts ont tranché la question de la recevabilité au regard de la composition du groupement. La Cour de cassation a ainsi rejeté⁶²⁹ le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait déclaré irrecevable l'action d'une association de commerçants et d'industriels contre un commerçant qui ouvrait son magasin le dimanche. Elle a estimé que la Cour d'appel a pu retenir que l'association, regroupant non seulement des commerçants mais aussi des industriels, n'établissait pas que l'ouverture d'un magasin le dimanche portât atteinte aux intérêts collectifs qu'elle représentait. Cette décision peut être confrontée à un

623 Civ. I, 25 mai 1975, D.1976.318, note G. VINEY ; RTDCiv. 1976.147, obs. G. DURRY.

624 Voir S. GUINCHARD, article précité, n° 22 sqq.

625 G. VINEY, note précitée.

626 Civ. III, 10 octobre 1978, D. 1979.581, note E. FRANK.

627 E. FRANK, note sous Civ. III, 10 octobre 1978, précité.

628 J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 126.

629 Civ. II, 21 juillet 1986, BC., II, n° 219. Voir au contraire pour la recevabilité de l'action d'un syndicat patronal sur le fondement de l'article 221-5 du Code du travail : AP., 7 mai 1993, BC., AP, n° 10 ; D. 1993.437, conclusions M. JÉOL ; JCP. G 1993, II, 22083, note Y. SAINT-JOURS ; JCP. E 1993, II, 470, note J. SAVATIER.

Un intérêt spécifique

arrêt de la Cour de cassation plus ancien qui, bien qu'il ne tranche pas un problème de procédure, procède à une analyse comparable de la composition de l'association. Par un arrêt du 23 juillet 1918 la Cour de cassation a rejeté le pourvoi du ministère public débouté en appel de sa demande en dissolution d'une association de pères de familles dont le but était d'assurer le respect de la foi catholique dans l'enseignement public. La Cour relève que les individus peuvent faire ensemble ce que chacun pouvait antérieurement faire à titre individuel et qu'il importe peu que l'association puisse comprendre, en fait, des personnes autres que des pères de familles ayant leurs enfants dans des écoles primaires publiques. Les deux décisions semblent difficilement compatibles dans la mesure où lorsque l'une exige l'homogénéité du groupement pour que l'action de l'association soit recevable, l'autre juge la licéité de l'association indifférente à la présence au sein d'une association de pères de familles catholiques de personnes qui ne présentent pas cette qualité. Il est vrai que l'on ne sait pas si une action en responsabilité civile de l'association de pères de familles aurait été déclarée recevable. Il semble cependant que, rapprochées de la jurisprudence citée plus haut, ces décisions autorisent une interprétation de nature à fournir une réponse à la question posée au début de ces développements.

233 Il n'existe pas plus d'unanimité en doctrine qu'en jurisprudence. Les opinions des auteurs sont malheureusement rarement motivées et parfois contradictoires au sein d'une même pensée. Monsieur Coupet énonce ainsi que l'intérêt collectif est la somme des intérêts individuels⁶³⁰ avant de relever que l'étude du régime des actions fait apparaître que l'intérêt collectif ne recouvre pas nécessairement l'intérêt de tous⁶³¹. La même remarque peut être faite en ce qui concerne la pensée de Audinet⁶³². La contradiction n'est cependant pas irréductible dans ce dernier cas. Audinet précise que, si la jurisprudence tend à considérer que l'intérêt collectif est la somme des intérêts individuels, l'action de l'association est cependant recevable dès lors qu'un adhérent a subi un préjudice en la qualité qui le fait membre du groupement⁶³³. C'est une idée que l'on a déjà

630 L. COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dactyl., Aix 1974, n° 116.

631 Cette dernière remarque prend d'autant plus de valeur qu'elle apparaît dans la pensée d'un auteur qui définit l'intérêt collectif comme la somme des intérêts des membres.

632 J. AUDINET, *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, RTDCiv. 1955.213, n° 11 et n° 15.

633 J. AUDINET, article précité, n° 15.

Un intérêt spécifique

rencontrée notamment en matière d'abus de majorité et de minorité⁶³⁴. Tout intérêt individuel d'un membre ne détermine pas l'intérêt collectif, seul l'intérêt du membre en sa qualité de membre peut être pris en compte. Cette remarque conduit à envisager la composition du groupement comme une clé possible afin de résoudre le problème de la définition de l'intérêt collectif dans les actions en responsabilité civile des associations. Cela permettrait de justifier une opinion qui est celle d'une partie de la doctrine, mais qui n'est pas plus motivée que l'opinion contraire, par les auteurs qui la soutiennent⁶³⁵.

234 Il semble que l'existence d'un préjudice commun *en fait* à tous les membres n'est pas plus exigé, que la composition *en fait* de l'association n'est déterminante. Il suffit que chaque adhérent puisse être considéré comme pouvant être atteint par le fait dommageable dont l'association recherche la réparation. L'importance de l'objet apparaît alors dans la jurisprudence. L'intérêt des membres est déterminé au regard des statuts et plus particulièrement au regard de l'objet de l'association. La finalité de l'association est largement indéterminée. Pour cette raison l'intérêt est très proche de l'objet dans ce type d'institution⁶³⁶. Cela justifie que l'on recherche dans les statuts une disposition qui prévoit la possibilité d'action collective en faveur des membres, et que l'objet de l'association soit la mesure de son action. On ne peut cependant réduire l'intérêt à l'objet. La finalité est l'élément subjectif qui complète l'objet, élément objectif, pour définir l'intérêt de la personne morale. La finalité individuelle de l'association impose quant à elle qu'un membre au moins ait supporté un préjudice. Il suffit que les adhérents soient susceptibles d'être tous atteints par le fait dommageable ; il n'est pas nécessaire qu'ils l'aient effectivement été. Une association qui regroupait, au terme de ses statuts, commerçants et industriels est irrecevable dans son action lorsque le préjudice qu'elle invoque n'atteint que les commerçants. Dès lors que le préjudice est susceptible d'atteindre tous les adhérents en leur qualité de membre peu importe que tous n'aient pas subi un préjudice. La composition de fait du groupement peut inclure des personnes qui ne subissent aucun préjudice. Ce peut être le cas notamment lorsque le fait dommageable a pour auteur un membre.

634 Voir ci-dessus, n° 251 et n° 271.

635 En ce sens que l'intérêt collectif n'est pas la somme des intérêts individuels des membres : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. IV, Rousseau 1924, n°433 ; S. GUINCHARD, *L'action de groupe en procédure civile française*, RIDComp. 1990.599, n° 22 sqq.

636 Sans pour autant se confondre : voir ci-dessus, n° 184 sqq.

Un intérêt spécifique

235 Malgré l'absence de jurisprudence décisive, il semble que la tendance dominante n'exige pas la preuve que tous les adhérents ont subi un préjudice pour que l'action soit recevable. Quelques observations seront nécessaires avant de conclure. Les premières seront en faveur de la recevabilité de l'action civile d'intérêt collectif. D'une part, adopter un principe d'irrecevabilité priverait un certain nombre d'associations de leur raison d'être. Toutes les ligues de défenses des droits de leurs membres seraient menacées par une telle jurisprudence. Cela ne serait pas opportun d'un point de vue de politique juridique car il n'est pas à craindre que ces associations fondées souvent pour une seule action ou quelques actions supplantent le ministère public⁶³⁷. Certaines associations ont une utilité certaine⁶³⁸. D'autre part, d'un point de vue pratique il peut être extrêmement difficile et parfois impossible d'établir que tous les membres d'une association ont effectivement un intérêt à l'action. Cela imposerait à l'association une police interne qui peut dépasser ses capacités ou rendre peu rentable l'action collective. Il existe également des arguments en faveur de l'opinion opposée. Il peut sembler étonnant, d'une part, que l'association ait plus de droits que n'en avaient ses adhérents. D'autre part, la recevabilité des actions des ligues de défense est propre à la jurisprudence judiciaire en matière de responsabilité civile. Dans les autres contentieux l'irrecevabilité reste le principe⁶³⁹ en l'absence de mandat des membres. Sur ce dernier point il est vrai que la portée de la recevabilité est limitée à un contentieux déterminé. Cela ne lui ôte pas sa valeur d'autant qu'il est permis de se demander si ces jurisprudences se situent sur le même terrain. Le mandat relève du pouvoir d'agir et la sanction de son absence est la nullité de la demande. La question de l'intérêt et de la qualité met en cause la recevabilité de la demande. La sanction est alors l'irrecevabilité de l'action et non la nullité⁶⁴⁰. Par conséquent, il semble qu'un arrêt qui

637 Comme certains peuvent le redouter en matière d'action d'intérêt général : voir ci-dessous, n° 405 sqq.

638 Voir B. LE BARS, *Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs*, thèse dactyl., Paris I 1998, n° 122 sqq.

639 L. BORÉ, thèse précitée, n° 101 sqq. Voir cependant en contentieux administratif : CE., 4 juillet 1962, Recueil p. 455. Sur l'irrecevabilité de l'action civile devant les juridictions pénales : Crim., 23 juin 1986, B. Crim., n° 218, cette irrecevabilité se justifie peut-être par l'existence d'un texte spécial : l'article 2 du Code de procédure pénale qui n'ouvre l'action civile qu'aux personnes « qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Ce texte invite à la prudence dans l'admission des actions civiles et reste plus étroit que les règles de la responsabilité civile : Crim., 7 mai 1957, B. Crim., n° 376.

640 Articles 117 NCPC pour le défaut de pouvoir et 122 NCPC pour le défaut d'intérêt ou de qualité. La remarque mérite d'être faite même si la différence a peu

tranche un problème de pouvoir renseigne moins sur la distinction des intérêts qu'un arrêt qui se prononce sur la recevabilité d'une action d'intérêt collectif⁶⁴¹. Quant au premier argument, il ne paraît pas convaincant dans la mesure où il est réversible. Dès lors qu'un membre a intérêt à agir et que l'on admet que l'association tient ses droits de l'adhérent⁶⁴², l'association doit être considérée comme ayant autant de droits qu'en avait celui-ci. Elle est alors recevable à agir en justice. L'idée que l'on oppose à la recevabilité peut donc justifier, au contraire, que l'association peut agir quel que soit le nombre de membres atteints par le fait dommageable. Admettre cette idée ne semble avoir de portée qu'en matière d'évaluation du préjudice. Le montant des dommages-intérêts sera fonction du préjudice subi par les membres, mais cela est un autre problème.

236 En définitive, il semble impossible de considérer que l'intérêt collectif est le résultat de la somme des intérêts individuels. Reste à savoir si cela renseigne réellement et directement sur la distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt de ses membres. Les actions d'intérêt collectif sont-elles fondées sur un intérêt propre de la personne morale ? Jusqu'ici l'intérêt collectif a été considéré comme celui du groupement personnifié. Lorsque la discussion se situe sur le terrain de l'action en justice, notamment celle des associations, la doctrine adopte une position différente et distingue intérêt collectif et intérêt propre de la personne morale. Le fait que la qualité à agir soit au cœur du débat illustre cette idée : en matière d'action banale⁶⁴³, c'est-à-dire non attitrée, la recherche de la qualité implique l'absence d'intérêt personnel direct⁶⁴⁴. Cependant l'affirmation de l'absence d'intérêt personnel de la personne morale peut être discutée. Les arrêts ne précisent pas nécessairement le terrain sur lequel se situe le débat⁶⁴⁵. Les pourvois invoquent parfois l'intérêt et la qualité à agir⁶⁴⁶. Certains arrêts font référence à la notion de qualité⁶⁴⁷. Il est vrai qu'il est pratiquement indifférent que l'irrecevabilité soit fondée sur un de conséquences sur le régimes de la sanction.

641 Il est vrai que la distinction du pouvoir et de la qualité n'est pas toujours très nette : S. GUINCHARD, n° 050 sous l'article 32-1, *Mégacode Nouveau Code de procédure civile*, Dalloz 1999, qui relève que le législateur donne qualité pour agir à des personnes alors qu'il s'agit de pouvoir. Voir également R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, Aix-Marseille 1955, n° 308 sqq., qui critique la distinction du pouvoir et de la qualité.

642 Ce que suppose l'argument que l'on oppose à la thèse de la recevabilité.

643 Sur la distinction des actions banales et des actions attitrées : G. CORNU, J. FOYER, op. cit., n° 77.

644 J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 125 sqq.

645 Civ. I, 25 mai 1975, précité.

646 Civ. II, 21 juillet 1986, précité.

647 Amiens, 13 mars 1895, DP. 1895.2.553, note M. PLANIOL.

défaut d'intérêt ou sur un défaut de qualité. Le régime est le même. Cela explique que la jurisprudence n'a pas eu besoin de préciser le fondement de l'irrecevabilité ou de la recevabilité des actions d'intérêt collectif des associations. L'existence d'un préjudice collectif fonderait en définitive l'intérêt personnel à agir de la personne morale⁶⁴⁸. Il semble qu'introduire en doctrine une distinction, qui n'est pas faite en d'autres domaines du droit, entre l'intérêt collectif et l'intérêt de la personne morale n'est pas opportun. Elle l'est d'autant moins que dans le domaine voisin des procédures collectives, une telle distinction est niée.

237 Les actions en justice de la collectivité des créanciers. La suppression de la masse n'a pas entraîné la disparition de la collectivité des créanciers⁶⁴⁹. Ils continuent à être soumis à une discipline collective sévère. Leur collectivité reste l'objet d'une organisation légale, dont la nature ne peut être acquise *a priori*. L'existence d'un intérêt collectif a été et reste un sujet de débat. Certains aspects des développements pourront paraître ne présenter qu'un intérêt historique. Pourtant ils seront une source utile de renseignements. D'un point de vue historique, la mise en évidence d'un lien entre intérêt collectif et intérêt de la masse-personne morale éclairera la question de leur prétendue distinction dans l'association. D'un point de vue positif, la continuité des solutions malgré la suppression de la masse rend nécessaire une mise en perspective du droit actuel. La notion d'intérêt collectif des créanciers n'a pas disparu de notre droit positif. L'article L. 621-39 du Code de commerce vise l'intérêt des créanciers sans le qualifier de collectif. L'idée apparaît sous la forme adverbiale à l'article L. 622-20 qui vise les contestations qui intéressent collectivement les créanciers. L'expression se trouve enfin à deux reprises à l'article L. 627-3. La définition de l'intérêt collectif se heurte à la même question que celle rencontrée en matière d'actions collectives des associations : est-il le résultat de la somme des intérêts individuels des créanciers ou s'en distingue-t-il ? Cette question est liée à celle de la personnalité morale du groupement⁶⁵⁰. L'existence d'un intérêt collectif a été l'objet d'un débat doctrinal et d'une évolution jurisprudentielle en matière d'action en responsabilité contre le banquier responsable de l'accroissement du passif ou de la

648 Crim., 6 avril 1938, B. Crim., n° 111. Voir également H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey 1961, n° 245.

649 Voir F. DERRIDDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, avec la collaboration de A. HONORAT, 3^{ème} éd., Dalloz 1991, n° 511.

650 Voir G. POTIRON, *Les actions de masse dans les procédures d'exécution collectives*, thèse Nantes, SRT Grenoble 1983, p. 361.

diminution de l'actif et par ailleurs créancier antérieur au jugement d'ouverture⁶⁵¹. L'évolution du droit antérieur à 1985, marquée par le passage de la négation d'un préjudice collectif à l'affirmation de la qualité pour agir du syndic, éclaire l'état du droit actuel qui maintient pour l'essentiel les solutions passées.

238 L'inexistence d'un préjudice collectif a fondé les solutions hostiles à la recevabilité de l'action du syndic à l'encontre du banquier fautif et créancier dans la masse. Le fait que les créanciers ont subi des préjudices différents, dans leur montant notamment, semblait faire obstacle à la reconnaissance d'un préjudice collectif générateur d'un intérêt collectif. Le préjudice n'était pas de même nature selon que le créancier⁶⁵² avait acquis son droit sur le débiteur avant ou après le fait du banquier. Il n'existait que des préjudices individuels et le syndic qui représentait les créanciers voyait son action paralysée. La Cour de cassation rejetait les pourvois dirigés contre les décisions qui avaient exclu l'existence d'un préjudice collectif au motif que le préjudice dont la réparation est réclamée avait été subi « non par l'ensemble des créanciers composants la masse mais par une partie de ceux-ci »⁶⁵³. L'irrecevabilité de l'action du syndic, fondée sur l'idée qu'il n'existe pas d'intérêt collectif en dehors de l'intérêt de tous les créanciers et qu'il est exclu lorsqu'un préjudice n'est pas le même pour tous, est exprimée nettement dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 mars 1973⁶⁵⁴. La Cour de cassation a censuré par cet arrêt la décision d'une Cour d'appel qui avait condamné le banquier fautif à des dommages-intérêts « alors que la banque faisait partie de la masse et qu'en conséquence le préjudice dont la réparation était réclamée ayant été subi non par la totalité des créanciers mais seulement par une partie de ceux-ci, le syndic était sans qualité pour agir au nom de la masse »⁶⁵⁵. Par la suite la Cour de cassation a modifié sa motivation pour fonder la même solution⁶⁵⁶. L'action du syndic était irrecevable car l'action individuelle n'était pas suspendue.

651 Créancier que l'on appelait créancier dans la masse par opposition avec les créanciers postérieurs dits créanciers de la masse.

652 Com., 9 juin 1969, BC., IV, n° 215 ; D.1970.106, note A. PIROVANO ; RTDCom. 1971, n° 66, obs. R. HOUIN.

653 Com., 2 mai 1972, D. 1972.618, note A. PIROVANO ; JCP. 1972, II, 17170, note J. A.

654 Com., 27 mars 1973, D. 1973.577, note F. DERRIDA ; Banque 1972.937, note L. M. MARTIN.

655 Ibid.

656 Com., 19 mars et 9 octobre 1974, BC., IV, n° 241 ; D. 1975.124, note J.-P. SORTAIS ; RS. 1974.245, note A. HONORAT ; RTDCom. 1975.628, n° 8, obs. R. HOUIN et E. LE GALL.

239 La qualité pour agir au nom de la masse contre le banquier fautif créancier dans la masse a été reconnue par l'arrêt Laroche du 7 janvier 1976⁶⁵⁷. Aux termes de cet arrêt « le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer une action en paiement de dommages-intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif ». Par ces motifs, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait accueilli l'action du syndic contre une banque créancier dans la masse et responsable de l'aggravation du passif du débiteur. La solution a été présentée comme liée à la reconnaissance de la personnalité morale de la masse⁶⁵⁸. La Cour de cassation affirme ainsi l'existence d'un préjudice propre à la masse-personne morale distinct de la somme des préjudices individuels subis par les créanciers et par voie de conséquence l'existence d'un intérêt distinct de celui de tous les créanciers⁶⁵⁹. La conception retenue du préjudice et de l'intérêt collectif est large puisque toute augmentation du gage des créanciers est de l'intérêt de la masse car elle permet la distribution d'un dividende plus élevé aux créanciers⁶⁶⁰. Cette jurisprudence semblait condamnée par la suppression de la masse en 1985.

240 La Cour de cassation a cependant maintenu sa jurisprudence après 1985 dans des affaires où le droit antérieur était encore applicable⁶⁶¹. Des doutes étaient cependant apparus après un arrêt de la chambre commerciale rendu sous l'empire de la loi nouvelle⁶⁶².

657 Com., 7 janvier 1976, D. 1976.277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; RTDCom. 1976.171, obs. M. CABRILLAC, J.-L. RIVES-LANGE ; RJC. 1976.401, note A. BRUNET ; RS. 1976.126, note A. HONORAT ; Banque 1976.560, note L. M. MARTIN ; M. VASSEUR, *La mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1976*, Banque 1976.367 ; du même auteur, *Des responsabilités encourues par le banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficultés*, Banque 1976.479 ; JCP. 1976, II, 18327, note Chr. GAVALDA et J. STOUFFLET ; J. GHESTIN, *La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976 déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse)*, JCP. 1976, I, 2786 ; GP. 1976.1.412, note B. BOULOC ; L. M. MARTIN, *Après l'arrêt du 7 janvier 1976*, RJC. 1978.151.

658 Voir notamment F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, note sous Com., 7 janvier 1976, précité. La personnalité morale de la masse avait été reconnue par un arrêt du 17 janvier 1956, D. 1956.265, note R. HOUIN ; JCP. 1956, II, 9601, note R. GRANGER.

659 J. GHESTIN, article précité ; M. CABRILLAC, J.-L. RIVES-LANGE, obs. précitées ; A. BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, n° 30, thèse dactyl., Nancy II 1973 et RJC. 1976.401.

660 Y compris le créancier dans la masse condamné à des dommages-intérêts.

661 AP., 9 juillet 1993, JCP. 1993, II, 22122, conclusions M. JÉOL, note F. POLLAUD-DULIAN ; D. 1993.469, conclusions M. JÉOL, rapport M. DUMAS, note F. DERRIDA.

662 Com., 16 mars 1993, D. 1994.583, note F. DERRIDA.

Un intérêt spécifique

Cette décision dispensait le représentant des créanciers de faire figurer les noms de tous les créanciers dans les actes de procédures « dès lors qu'il ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers »⁶⁶³. Bien que la dispense octroyée par la jurisprudence puisse être considérée comme un effet de la personnalité morale⁶⁶⁴, la référence à l'intérêt de tous les créanciers constitue au contraire un argument en sens contraire. La jurisprudence Laroche a cependant été maintenue sous l'empire de la loi nouvelle par un arrêt de la chambre commerciale du 16 novembre 1993⁶⁶⁵. Avocat général, rapporteur et annotateurs sont d'accord pour reconnaître que l'intérêt des créanciers est l'intérêt collectif de ceux-ci et qu'il n'est pas la somme des intérêts individuels⁶⁶⁶. Il subsiste cependant des incertitudes. Ainsi deux semaines après avoir confirmé la jurisprudence Laroche, la chambre commerciale a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait déclaré le représentant des créanciers irrecevable au motif que tous les créanciers s'étaient désistés⁶⁶⁷. Cela ne signifie pas pour autant que l'intérêt collectif des créanciers soit la somme de leurs intérêts individuels. L'arrêt peut être interprété à la lumière de son motif essentiel qui tient à ce que le représentant des créanciers ne peut avoir plus de droit que les créanciers eux-mêmes. Il est vrai que s'il n'est pas nécessaire que tous les créanciers aient un intérêt à l'action pour que leur représentant soit recevable dans son action, il est exclu que ce dernier puisse agir alors qu'aucun créancier ne le pourrait⁶⁶⁸. La jurisprudence récente contient d'autres références à l'idée que l'intérêt dont le représentant des créanciers à la charge est l'intérêt de tous les créanciers⁶⁶⁹. Cependant cette affirmation est incidente dans les arrêts et sans conséquence sur la solution retenue. La formule exprime seulement une autre distinction : celle de l'intérêt collectif et

663 Ibid.

664 En ce qu'elle constitue une exception au principe selon lequel « nul ne plaide par procureur ». Sur la maxime et son sens : H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français, Nul en France ne plaide par procureur, hormis le roi*, 4^{ème} éd., Litec 1999, n° 278.

665 Com., 16 novembre 1993, D. 1994.57, conclusions R. DE GOUTES, rapport PASTUREL, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; JCP. 1994, I, 3759, n° 16, obs. M. CABRILLAC, Ph. PÉTEL ; Banque 1994.93, obs. Ph. GUILLOT.

666 Voir plus particulièrement le rapport du conseiller PASTUREL, précité. Voir également F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, op. cit. avec la collaboration de A. HONORAT, n° 510.

667 Com., 30 novembre 1993, D. 1994.175, note F. DERRIDA.

668 Sur le lien entre le préjudice des créanciers et le préjudice de la masse : Paris, 22 juin 1978, D. 1978, IR. 421, obs. M. VASSEUR.

669 Par exemple : Com., 29 avril 1997, D. 1997, IR. 133.

Un intérêt spécifique

de l'intérêt d'un créancier ou d'un groupe de créanciers L'intérêt de tous est en définitive compris en opposition à l'intérêt personnel de certains des membres de la collectivité des créanciers. C'est parce qu'il s'agit d'un intérêt autre que celui qui réunit les membres en leur qualité de membre que l'action collective est irrecevable ; alors l'action individuelle des créanciers redevient recevable⁶⁷⁰. Cette idée est comparable à celle déjà rencontrée et développée précédemment en plusieurs matières.

241 L'intérêt commun des obligataires. L'intérêt commun réunit également les obligataires qui ont souscrit à une même émission⁶⁷¹. La masse des obligataires avec à sa tête les représentants de la masse a pour but la défense des intérêts communs des obligataires. La définition de la notion d'intérêt commun influence la recevabilité des actions des représentants de la masse comme en matière de procédures collectives. La jurisprudence a ici aussi adopté une conception large du préjudice collectif et de l'intérêt commun. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait d'abord déclaré irrecevable l'action des représentants aux motifs que l'article 301 de la loi de 1966, devenu L. 228-54 du Code de commerce est une disposition spéciale qui fait exception au principe selon lequel nul ne plaide par procureur et doit être interprétée restrictivement⁶⁷². Elle a jugé également que les préjudices des obligataires étaient différents les uns des autres. Selon la Cour d'appel de Paris « la masse des obligataires...ne représente que l'addition des intérêts de chaque obligataire, non un intérêt distinct de ceux-ci ». Par un arrêt du 15 juin 1999 la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Paris pour violation de l'article 301 de la loi de 1966, devenu L. 228-54 du Code de commerce⁶⁷³. La faute invoquée avait été commise à l'occasion de l'émission des obligations et concernait donc l'ensemble des obligataires et de leurs ayant droits. De cette décision il est permis de tirer deux enseignements. D'une part, l'intérêt commun n'est pas la somme des intérêts individuels des obligataires. D'autres part, il est permis de considérer qu'il n'y a pas de différence de nature entre l'intérêt commun et l'intérêt collectif. Ces deux idées se déduisent de

670 Req., 10 novembre 1890, DP. 1892.1.8.

671 Article L. 228-46 du Code de commerce.

672 Paris, 3 septembre 1996, B. Joly Bourse 1996, §6, note P. LE CANNU.

673 Com., 15 juin 1999, D. Affaire 1999.1297, note M. BOIZARD ; B. Joly Bourse 1999, § 97, note A. COURET ; B. Joly 1999, § 216, note Ph. MERLE ; PA. 3 novembre 1999, n° 216, p. 16, note J.-L. COURTIER ; PA. 14 février 2000, p. 12, note A.-L. ARCHAMBAUD ; Dr. Soc. 1999, Comm. 169, note D. VIDAL ; RS. 1999.640, note Y. GUYON.

la censure de la décision de la Cour d'appel de Paris dont la motivation en sens contraire a été nettement condamnée⁶⁷⁴.

242 Conclusion sur l'intérêt de la personne morale et l'intérêt de ses membres. L'examen du droit positif a confirmé la possibilité de distinguer l'intérêt de la personne morale de celui de ses membres. Irréductible à l'intérêt d'un seul, à l'intérêt de quelques-uns voire à l'intérêt de tous, l'intérêt de la personne morale apparaît distinct de celui de ses membres, tout en s'en montrant très proche par instants. C'est la qualité de l'intérêt qui permet de voir en lui un intérêt propre à la personne morale ou un intérêt personnel aux membres. Le nombre de membres concernés influe peu en définitive sur cette qualité⁶⁷⁵. Seuls certains intérêts des individus intégrés dans le groupement sont légitimes au sein de celui-ci ; lorsque d'autres intérêts, des intérêts étrangers à la personne morale, sont poursuivis, ils sont illégitimes et les actes qu'ils ont motivés sont sanctionnés. Par ailleurs la justesse de la distinction de l'intérêt collectif et de l'intérêt propre de la personne morale paraît douteuse. Elle n'est exposée en définitive que lors de l'étude des actions d'intérêt collectif. Elle est méconnue lorsque ce sont d'autres questions qui se posent. Elle l'était également lorsque l'on s'interrogeait sur la recevabilité de l'action du syndic contre un créancier dans la masse. On a reconnu que la masse avait un intérêt propre à agir et l'on a constaté qu'il existait un intérêt collectif. La distinction des intérêts des membres et de la personne morale apparaît désormais avec davantage de netteté. Ce constat ne pourra rester sans conséquence sur l'ensemble de la théorie de la personnalité morale. Mais, avant de tirer toutes les leçons de cette étude, il faut poursuivre la recherche de l'intérêt de la personne morale par une nouvelle distinction qui sera plus facile à établir : celle de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt de ses organes.

Section II Intérêt de la personne morale et intérêt des organes d'administration

243 Les organes d'administration. Si l'intérêt de la personne morale n'est pas celui de la majorité, ni celui de la minorité, ni encore la somme des intérêts individuels de tous les membres⁶⁷⁶, est-il celui des personnes qui dirigent l'institution ? Qu'on les nomme organes, dirigeants ou représentants le problème reste le même. Le recours à la

674 Voir C. NICOD, *L'action en justice pour la défense des intérêts communs des obligataires*, RS. 2000.491.

675 Voir L. BOY, *L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit)*, thèse dactyl., Nice 1979, n° 7.

676 Lorsqu'il en existe.

métaphore biologique de l'organe n'en modifie pas les données⁶⁷⁷. Dans le droit des personnes morales l'organe est « un individu ou un groupe d'individus, investis du pouvoir d'assurer, avec ou sans représentation, le fonctionnement d'une personne morale »⁶⁷⁸. Les présents développements porteront uniquement sur les organes d'administration ou organes dirigeants⁶⁷⁹. La conception large de la notion d'organe comprend dans sa définition d'autres individus ou groupe d'individus : les membres individuellement, la majorité, la minorité⁶⁸⁰ etc. Ces organes ont fait l'objet de la section précédente : la distinction de l'intérêt individuel des membres et de celui de la personne morale est désormais établie. Il n'est pas nécessaire de revenir sur ce point. Par ailleurs, dans l'analyse des organes dirigeants, les individus importeront plus que le groupe. Il n'a jamais été prétendu que les organes collégiaux devaient avoir en tant que tels la personnalité morale et les tribunaux semblent même se prononcer en sens contraire⁶⁸¹. Aucun intérêt ne leur paraît propre et distinct de celui de la personne morale qu'ils ont en charge. Au contraire en tant qu'individus les personnes, physiques ou morales, qui sont investies d'une fonction de direction peuvent avoir des intérêts autres que ceux qu'ils doivent exprimer en leur qualité d'organes. C'est cette assertion qu'il faut établir par l'examen du droit positif. Il faudra au préalable déterminer qui sont les organes dirigeants (§ 1) dont l'intérêt sera distingué de celui de la personne morale (§ 2).

§ 1 Détermination des organes

244 Lorsque l'on cherche quels sont les organes dirigeants au sein d'une personne morale, il faut peu d'effort pour les identifier (I). Ce constat conduira à une nouvelle leçon relative à l'essence de la personnalité morale : à la différence de la présence de membres, l'existence d'organe de direction est de l'essence de la personnalité morale (II).

I Identification des organes dirigeants.

677 Le débat est d'ailleurs aussi vain que celui qui oppose la réalité et la fiction auquel il est lié.

678 *Vocabulaire Cornu*, V° *Organe*.

679 Même si strictement tous les organes d'administration ne sont pas des organes dirigeants. Les membres du conseil de surveillance par exemple ne sont pas des dirigeants : Paris, 8 juillet 1975, RS. 1976.114, note J. G. dans le cadre des présents développements la nuance n'a pas de conséquence aussi utilisera-t-on souvent le terme de dirigeant.

680 Voir D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. J.-M. BISCHOFF, *Bibl. dr. com.* t. 21, Sirey 1970, n° 257 sqq., où l'auteur conçoit la minorité comme un organe social subsidiaire.

681 Nancy, 19 juillet 1946, D. 1947.525, note A. C., à propos du conseil d'administration d'une société.

245 **Les organes dirigeants des personnes morales traditionnelles.** Dans les sociétés, les associations et les fondations les organes dirigeants sont déterminés sans aucune difficulté. Ils se nommeront gérants dans les sociétés de personnes⁶⁸² ; conseil d'administration ou directoire et conseil de surveillance dans les sociétés anonymes selon la forme adoptée⁶⁸³. Il peut également exister un directeur général⁶⁸⁴. Ce sont les intérêts des dirigeants qui seront étudiés et non ceux des organes collégiaux comme le conseil d'administration.

246 La loi de 1901 ne contient aucune référence explicite à des organes de direction mais les vise indirectement à travers ceux « qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration ou de sa direction »⁶⁸⁵. En pratique, les associations sont administrées par un conseil d'administration et un bureau⁶⁸⁶. La situation des fondations est comparable. La loi du 23 juillet 1987 ne contient aucune référence aux organes de la fondation. Ce sont les statuts types proposés par l'administration aux fondateurs qui souhaitent obtenir la reconnaissance d'utilité publique de leur œuvre, qui organisent la direction des fondations⁶⁸⁷. En matière d'association, le législateur est parfois intervenu pour imposer une organisation plus perfectionnée. La loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 prévoit ainsi que les associations sportives professionnelles sont administrées par un conseil d'administration copié sur celui des sociétés anonymes⁶⁸⁸.

247 Dans les comités sociaux⁶⁸⁹, la détermination des organes dirigeants dépend de la conception que l'on se fait de la nature de ces institutions ? Si l'on y voit une personne morale fondative, le comité lui-même apparaîtra comme un organe de direction comparable au conseil d'administration de la fondation, et dont les membres sont les

682 Article L. 221-3 du Code de commerce pour la SNC.

683 Pour la SA à conseil d'administration : article L. 225-17 du Code de commerce ; pour le système dualiste de la SA avec directoire et conseil de surveillance : articles L. 225-58 et L. 225-68 du Code de commerce. Le conseil de surveillance comme son nom l'indique n'est pas à proprement parler un organe de direction de la société. La fonction de contrôle de la gestion du directoire s'apparente cependant à une fonction de direction sans représentation. Sur la Société anonyme à directoire : P. LE CANNU, *La société anonyme à directoire*, préf. J. DERRUPPÉ, Bibl. dr. priv. n° 158, LGDJ 1979.

684 Article L. 225-53 pour la SA à conseil d'administration.

685 Article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

686 Voir par exemple l'article 11 de la formule de statuts proposée par Monsieur Lemeunier : *Association. Constitution. gestion*, 8^{ème} éd., Delmas 2000.

687 Article 3 des statuts types : « La fondation est administrée par un conseil composé de ... membres... ». Voir également M. POMEY, *Traité des fondations reconnues d'utilité publique*, PUF 1980, p. 160 sqq.

688 Article 11-1 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984.

689 L'analyse sera menée essentiellement à partir du comité d'entreprise.

dirigeants. Si l'on considère au contraire que les comités sont des personnes morales corporatives la solution est indépendante de la conception que l'on retient du groupement ainsi personnifié. Si le comité est un groupement constitué par ceux qui y siègent, rien n'empêche de voir en chaque membre du comité un dirigeant. Le droit connaît d'autres personnes morales où tous les membres sont dirigeants : c'est le cas de la SNC où sauf disposition contraire des statuts tous les associés sont gérants⁶⁹⁰. Si le groupement personnifié est la collectivité des salariés, le comité apparaît alors comme l'équivalent du conseil d'administration d'une société anonyme. Les membres du comité peuvent donc être considérés comme des dirigeants quelle que soit la conception. La seule incertitude tient en définitive à la qualité de membre des représentants syndicaux et du chef d'entreprise que l'on a tranchée dans le sens de la négative : seuls semblent être membres effectifs du comité les représentants élus⁶⁹¹. Une seule réserve peut être exprimée. Elle est relative à l'absence de personnalité propre de l'organe d'une personne morale. Si le comité est l'organe d'une collectivité personnifiée, sa personnalité peut sembler faire double emploi avec celle de la collectivité elle-même si l'on admet la personnalité morale de la collectivité des travailleurs.

248 Les organes dirigeants dans les institutions traditionnellement non personnifiées. Parmi les institutions non personnifiées dans la doctrine traditionnelle la présence d'organe peut être discutée. La recherche sera d'autant plus difficile qu'elle porte sur un fonction particulière, celle de direction.

249 La famille a-t-elle un dirigeant ? Ou plutôt a-t-elle encore un dirigeant ? Le mari a longtemps rempli la fonction de chef de la famille⁶⁹². La loi du 4 juin 1970 lui a retiré cette qualité⁶⁹³. La famille est-elle devenue sans chef⁶⁹⁴ ? Il semble bien que l'esprit des réformes récentes a été d'instaurer un système de cogestion ou de codirection⁶⁹⁵. Les gérants ont succédé au chef. La solidarité ménagère de l'article 220 du Code civil pourrait s'expliquer ainsi en ce qu'elle

690 Article 221-3 du Code de commerce.

691 Voir ci-dessus, n° 218 sqq.

692 Article 213 ancien du Code civil : « Le mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants » dans sa rédaction issue de la loi du 22 septembre 1942. La qualité de chef de la famille était déjà reconnue au mari de manière incidente dans la rédaction issue de la loi du 18 février 1938.

693 L'article 213 du Code civil dispose désormais que les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille ».

694 H. MAZEAUD, *Une famille sans chef*, D. 1951, chr. 141.

695 G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^{ème} éd., PUF 1997, p. 58.

Un intérêt spécifique

prévoit un pouvoir d'engager la société conjugale comparable à celui des gérants des sociétés de personnes⁶⁹⁶.

250 En matière de copropriété, la diversité des situations rend plus difficile l'identification des dirigeants. Le gérant de l'indivision conventionnellement organisée revêt évidemment cette qualité⁶⁹⁷. En dehors de cette hypothèse aucun indivisaire ne semble se distinguer des autres au point de se voir reconnaître une qualité d'organe dirigeant qui ne serait pas attribuée à ses coindivisaires. Chacun d'eux a cependant un certain pouvoir de représentation qui se rapproche des pouvoirs attribués à des représentants légaux. Le résultat est comparable à celui atteint dans la direction des sociétés de personnes du Code civil⁶⁹⁸ ou encore de la SNC. Chaque indivisaire peut invoquer l'existence d'un mandat tacite⁶⁹⁹, le pouvoir d'accomplir des actes conservatoires⁷⁰⁰ ou la gestion d'affaires⁷⁰¹. La proximité qui existe entre l'organisation de la famille et celle de l'indivision conduit à penser que chaque indivisaire peut être qualifié de cogérant à l'instar des époux dans la famille. Dans les copropriétés organisées, syndicat de copropriétaires et groupement de quirataires, l'organe dirigeant est déterminé par les lois qui les régissent. Le gérant administre le groupement des quirataires⁷⁰² et le syndic administre le syndicat des copropriétaires⁷⁰³.

251 L'entreprise a-t-elle à sa tête un organe dirigeant ? La question peut paraître surprenante dans la mesure où le chef d'entreprise, l'entrepreneur⁷⁰⁴, a historiquement précédé l'entreprise. L'évolution du droit serait dans le sens d'une plus complète distinction de l'entreprise et de l'entrepreneur⁷⁰⁵ mais celui-ci resterait le « chef naturel » de l'institution⁷⁰⁶. Sans que l'on soit convaincu par cette thèse il semble que la direction de l'affaire, qu'elle soit sociale ou

696 En ce sens : G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^{ème} éd., PUF 1997, p. 104.

697 Sur le gérant de l'indivision : articles 1873-5 sqq. du Code civil.

698 Le nouveau droit de l'indivision semble être une réplique de l'ancien droit des sociétés civiles, dans lesquelles chaque associé était gérant. Il s'agit d'un phénomène de sédimentation courant en droit.

699 Article 815-3 du Code civil.

700 Article 815-2 du Code civil.

701 Article 815-4 du Code civil.

702 Articles 15 sqq. de la loi du 3 janvier 1967.

703 Articles 17 et 18 de la loi du 10 juillet 1965.

704 J. HILAIRE, *Une histoire du concept d'entreprise*, Archive de philosophie du droit 1997.341.

705 M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n°1, LGDJ 1957, première partie.

706 P. DURAND, rapport à l'association H. Capitant, *Travaux de l'association H. Capitant 1947*, t. III, Dalloz 1948, p. 49.

individuelle, revient au chef d'entreprise⁷⁰⁷. Cette assertion n'est pas liée au fondement que l'on attribue à ce pouvoir. Le chef d'entreprise peut être lui-même une personne physique ou une personne morale, mais l'entreprise n'est pas autonome par rapport à cette personne du point de vue de l'expression de ses éventuels intérêts⁷⁰⁸.

252 La détermination des organes est également difficile voire impossible dans les groupes de sociétés⁷⁰⁹. Il est exclu que la société mère, ou chef de file, soit qualifiée d'organe du groupe. Elle ne possède aucun droit attaché à sa position en matière de représentation auprès des tiers. Elle ne peut notamment les représenter en justice⁷¹⁰. La situation est simple semble-t-il. A la différence de certains groupements, il n'y a pas une pluralité de candidats à la qualité d'organe. On ne peut pas soutenir comme dans ces situations qu'il existe plusieurs individus revêtus du pouvoir d'exprimer l'intérêt de l'organisation. Il n'est pas possible de reconnaître aux filiales ce que l'on refuse à la mère, ni de soutenir que toutes les sociétés sont également organes, dans la mesure où la société mère au moins, ne peut l'être. En définitive, au trop plein succède le vide. Il faut bien reconnaître que si la pluralité d'organes n'est pas un obstacle à la personnification d'une institution, l'absence d'organe apparaît au contraire bien gênante. Un tel constat a nécessairement influencé la jurisprudence lorsqu'elle a refusé récemment la personnalité morale au groupe⁷¹¹. Cette absence d'organe dans les groupes de sociétés justifiera pour l'instant leur absence des prochaines analyses.

II La nécessité d'un organe dirigeant

253 La formule que la Cour de cassation employée en 1954 pour affirmer la personnalité morale du comité d'établissement contient, une référence à l'existence d'organes⁷¹². L'organe d'une personne morale est cette « possibilité d'expression collective » dont doit être dotée le groupement. Il est tout d'abord permis de s'interroger sur le

707 J. RIVÉRO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, collection Thémis, 3^{ème} éd., PUF 1993, p. 166 sq.

708 Sur l'absence d'autonomie de l'entreprise en matière d'expression des intérêts : G. BLANC, *Les frontières de l'entreprise en droit commercial (brève contribution...)*, D. 1999, chr. 415.

709 Voir P. LE CANNU, *Les organes du groupe*, PA. 4 mai 2001, n° 89, p. 5. Il existe également des groupes d'associations : Y. GUYON, *Les groupes d'associations*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec 1999, p. 585.

710 Voir par exemple : Com., 18 mai 1999, Dr. Soc. 1999, Comm. 127, note Th. BONNEAU.

711 Com., 2 avril 1996, B. Joly 1996, § 173, note P. LE CANNU ; JCP. 1997, II, 22803, note J.-P. CHAZAL ; RS. 1998.573, note Chr. GAVALDA. Com. 2 avril 1996, Dr. Soc. 1996, Comm. 118, obs. Th. BONNEAU ; Droit et Patrimoine septembre 1996, p. 79.

712 Civ., 28 janvier 1954, D. 1954.217, note A. LEVASSEUR ; JCP. 1954, II, 7978, conclusions LEMOINE.

qualificatif collectif. S'il vise la nature collective de l'intérêt défendu par la personne morale, la référence est critiquable dans la mesure où l'intérêt n'est pas nécessairement collectif. L'existence de personnes morales unipersonnelles, voire sans membre, dont l'intérêt propre ne peut être qualifié de collectif, impose cette critique terminologique. Si l'adjectif vise l'organe lui-même, il semble faire de la collégialité une nécessité. Cette interprétation est également impossible à soutenir car il est aisé de constater l'existence de nombreux organes non collégiaux, comme le syndic de copropriété. L'adjectif n'apporte donc rien à la définition de la personnalité morale.

254 La nécessité d'un organe de direction dans toutes les espèces de personnes morales permet d'affirmer qu'il s'agit là d'un élément essentiel à la personnalité morale. Il existe dans les groupements personnifiés, comme la société, ainsi que dans les institutions sans membres, telle que la fondation⁷¹³. Sans organe « la personnalité morale n'aurait aucune possibilité de manifestation dans le monde juridique »⁷¹⁴. En ce qu'il permet l'expression de l'intérêt de l'organisation, l'organe dirigeant est représentatif. Il est un vecteur de l'organisation, il participe à son opposabilité à tous.

255 Il arrive cependant que les personnes en charge d'une fonction de direction d'une personne morale cèdent à la tentation d'utiliser ce vecteur au service d'objectifs extérieurs à la personne morale.

Surgissent alors des conflits d'intérêts qui, s'ils révèlent un mauvais fonctionnement de l'organisation, manifestent également la distinction de l'intérêt de la personne morale et de celui des personnes chargées de la diriger.

§ 2 Distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt des organes

256 Les situations de conflits d'intérêts entre une personne morale et sa direction sont nombreuses. Il est impossible de croire qu'un individu raisonnable résistera toujours à la tentation de privilégier son intérêt au détriment de celui de la personne morale. Cette idée a été développée par des économistes et des juristes qui ont démontré l'existence de risques dits d'agence tenant à la déloyauté ou à la négligence du représentant⁷¹⁵. Le point de départ de ces analyses est

713 Article 3 des statuts types proposés pour les fondations reconnues d'utilité publique.

714 P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. DURAND, Imprimeries Moderne 1950, p. 309.

715 En économie : M. C. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the firm : managerial behavior, agency cost and ownership structure*, Journal of Financial Economics 1976.305. En droit : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y.

le constat récent d'une dissociation de la propriété et de la gestion dans les grandes entreprises⁷¹⁶. Cette situation se caractérise par une divergence d'intérêts entre les dirigeants et les actionnaires⁷¹⁷ : la poursuite d'un profit personnel ou d'une augmentation de pouvoir s'oppose à la recherche de bénéfices. Berle et Means doutaient en définitive de l'efficacité économique de la grande société. Ce scepticisme n'a pas été partagé par ceux qui ont repris leurs analyses : les économistes pensent que la *firm* est efficace même s'ils avouent parfois leur étonnement devant ce phénomène⁷¹⁸. Messieurs Jensen et Meckling ont développé une théorie de l'agence destinée à rendre compte des relations entre les actionnaires (*principals*) et les dirigeants (*agents*)⁷¹⁹. Ils remarquent que dans la mesure où les parties sont supposées maximiser leur utilité, il n'y a aucune raison de croire que les dirigeants gèrent la société selon les intérêts des actionnaires⁷²⁰. Pour s'assurer que la décision de l'agent est optimale, il faudra exposer un certain nombre de frais appelés coûts d'agence. Il est pourtant difficile de faire disparaître tout risque d'agence. Remarquons que cette théorie, qui est une théorie positive de l'agence et non seulement normative⁷²¹, oppose actionnaires et dirigeants et refuse de considérer la firme comme l'individu de la micro-économie néoclassique⁷²². L'idée que la société existe dans l'intérêt des associés est commune aux juristes et aux économistes⁷²³. La doctrine de l'intérêt social comme intérêt de l'entreprise n'a jamais réussi à faire disparaître la théorie opposée et se trouve même critiquée sur le terrain de l'économie sur lequel l'École de Rennes prétendait fonder ses travaux⁷²⁴. Le débat qui se développe depuis quelques années autour des pratiques anglo-saxonnes de *corporate governance* semble également marqué un retour en force de l'intérêt social comme

LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, passim.

716 A. A. BERLE, G. C. MEANS, *The modern corporation and private property*, The McMillan Company, New York 1934.

717 A. A. BERLE, G. C. MEANS, op. cit., p. 119 sqq.

718 M. C. JENSEN, W. H. MECKLING, article précité.

719 Ibid.

720 M. C. JENSEN, W. H. MECKLING, article précité, p. 308.

721 Voir B. CORIAT, O. WEINSTEIN, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Le Livre de poche, références, 1995, p. 95 sq.

722 Pour Messieurs JENSEN et MECKLING « La firme est une fiction légale », article précité, p. 310 sq. et note 12.

723 Voir Rapport de la COB au Président de la République 1993, p. 58 : les administrateurs représentent les actionnaires, tous les actionnaires et non une fraction.

724 Pour une critique des fondements économiques de la doctrine de l'entreprise : G. et A. LYON-CAEN, *La « doctrine » de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, FNDE, Bibl. dr. de l'entreprise, avant-propos de J. M. MOUSSERON et de B. TEYSSIÉ, Librairie technique 1978, p. 599.

Un intérêt spécifique

intérêts des actionnaires dans les sociétés cotées⁷²⁵. La pression des fonds de pension⁷²⁶ américain et bientôt français pour que les dirigeants adoptent des politiques d'accroissement de la valeur actionnariale conduit à une modification des pratiques françaises. L'intégration d'administrateurs indépendants dans les conseils d'administration des sociétés cotées, la souscription de stock options, la création de comités, doivent permettre une raréfaction des conflits d'intérêts⁷²⁷.

257 Ces analyses économiques sont relatives à la *corporation* du droit américain. Elles sont cependant transposables hors des frontières de leur pays d'origine et à des sociétés d'un autre type, voire à des personnes morale d'une espèce différente. La théorie de l'agence dépasse le domaine de la société anonyme. Elle conserve sa validité et sa fécondité pour « toute relation entre deux individus telle que la situation de l'un dépende d'une action de l'autre »⁷²⁸. Dans toute personne morale il existera un risque d'agence et des mécanismes destinés à prévenir et/ou à sanctionner les comportements opportunistes des dirigeants. Il apparaît ainsi qu'une meilleure protection des intérêts catégoriels, qu'il s'agisse de l'intérêt des membres ou de l'intérêt des tiers, passe par une amélioration de l'organisation⁷²⁹.

258 La révocation des dirigeants⁷³⁰, la nomination d'un administrateur provisoire⁷³¹ et la sanction des actes anormaux de

725 Sur la *corporate governance* : *Gouvernement d'entreprise : corporate governance : dimension juridique, méthode, responsabilités*, sous la direction d'Hélène PLOIX, collection Finance et Société, Montchrestien-AEF 1997 ; Bibliographie thématique-Le gouvernement d'entreprise, RS. 1998.460 ; E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droits anglais et français*, Bibl. dr. priv. n° 302, LGDJ 1998 ; A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise-La corporate governance*, D. 1995, Chr. 163 ; J.-J. DAIGRE, *Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?*, Droit et Patrimoine juillet 1996, p. 21 ; F. PELTIER, *La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance américaine*, RDBB. mars-avril 1997, p. 49

726 Voir sur les participations étrangères dans les sociétés françaises du CAC 40 : RS. 1999.273.

727 Sur la valeur actionnariale : Enjeux. Les échos, octobre 1999, *Création de valeur, la dictature du court terme*, p. 62. Il est excessif cependant d'affirmer que le recours à la notion d'intérêt commun implique une politique à court terme : P. BISSARA, *L'intérêt social*, RS. 1999.4, spéc. p. 25.

728 B. CORIAT, O. WEINSTEIN, op. cit., p. 93.

729 J. PAILLUSSEAU, *Les fondements modernes du droit des sociétés*, JCP. 1984, I, 3148. Voir également du point de vue de la sociologie des organisations : M. CROZIER, E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, Point Essais, Seuil 1977, p. 35 ; pour qui le progrès est lié à plus d'organisation, ce qui ne signifie pas nécessairement plus d'Etat ; l'organisation est un facteur de liberté et d'initiative.

730 Voir Com., 4 mai 1999, JCP. 1999, I, 162, n° 4, obs. J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER.

731 Com., 14 février 1989, BC., IV, n° 66 ; RS. 1989.633, note D. RANDOUX.

gestion notamment font intervenir la notion d'intérêt de la personne morale. Les actes et comportements appréhendés dans ces situations mettent également en cause l'intérêt des dirigeants. Cependant l'étude de ces mécanismes renseigne uniquement sur l'intérêt de la personne morale. La théorie de l'acte anormal de gestion lorsqu'elle permet la sanction d'un comportement profitable à un dirigeant au détriment d'une société rejoint alors l'abus de biens sociaux⁷³². Pour établir que la distinction des intérêts de la personne morale et ceux de ses dirigeants est la traduction du droit positif il est préférable d'étudier les conflits ouverts. Les modes de règlement des conflits sont au nombre de deux : l'acte ou le comportement peut être interdit (I) ; il peut être seulement réglementé (II).

I Les actes interdits

259 Le dernier degré de l'interdit juridique est le domaine du droit pénal. Il s'agit alors de défendre le corps social contre les atteintes de ses membres dangereux. L'intérêt général est au premier chef protégé mais il n'est pas le seul. L'étude des incriminations fulminées contre certains comportements antisociaux renseigne aussi sur les intérêts à l'œuvre au sein de la société⁷³³. Parmi les infractions qui encadrent le droit des personnes morales l'abus de biens sociaux et l'abus de confiance sont particulièrement intéressants.

260 **L'abus de biens sociaux en droit des sociétés.** Le droit des sociétés réprime le comportement des dirigeants de SA ou de SARL qui ont fait de mauvaise foi « 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 personnellement intéressés directement ou indirectement »⁷³⁴. L'incrimination existe également en dehors du Code de commerce. L'article L. 231-11 du Code monétaire et financier incrimine les mêmes faits lorsqu'ils sont commis par le dirigeant d'une société de gestion de sociétés civiles de placement immobilier. De manière plus originale, le législateur réprime des mêmes peines le détournement des biens d'une association sportive professionnelle par l'article 11-1 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984⁷³⁵.

261 Les éléments constitutifs de l'infraction sont au nombre de deux : l'atteinte à l'intérêt de la société, d'une part, et la fin

732 M. COZIAN, article précité, n° 29.

733 La société entendue au sens large de société humaine et non au sens de groupement des associés.

734 Articles L. 242-6 et L. 241-3 du Code de commerce.

735 La même argumentation peut être développée à partir de l'abus de crédit de la société.

Un intérêt spécifique

personnelle du dirigeant, d'autre part. L'étude du premier point renseigne sur le contenu de l'intérêt social. Le second manifeste nettement la distinction des intérêts recherchée.

262 L'atteinte à l'intérêt de la société est constituée lorsque son patrimoine est diminué ou lorsque le dirigeant fait courir à la société un risque anormal. Le fait de prélever des fonds sociaux pour régler des dépenses personnelles, de se faire consentir des rémunérations excessives ou de confondre son patrimoine avec celui de la société est contraire à l'intérêt social⁷³⁶. Est contraire à l'intérêt social, l'acte qui porte atteinte au patrimoine de la société et qui compromet directement ou indirectement la vocation de la société à faire des bénéfices : directement car si la patrimoine de la société est amoindri, les bénéfices seront diminués ; indirectement car c'est à terme l'activité lucrative elle-même qui risque d'être compromise. L'abus de biens sociaux sanctionne une faute pénale et non une gestion malheureuse, aussi est-ce en principe au jour de l'acte que s'apprécie l'atteinte à l'intérêt social. Une opération au résultat désastreux mais équilibrée à l'origine ne pourra recevoir de qualification pénale. Aucune condition de préjudice n'est posée en matière d'abus de biens sociaux. Cependant les auteurs ont constaté, pour la critiquer, une tendance en jurisprudence à prendre en compte les effets de l'acte⁷³⁷.

263 L'usage de biens de la société afin de commettre une infraction pénale est-elle nécessairement contraire à l'intérêt social ? Cette question, qui reste discutée en doctrine, semble tranchée en jurisprudence⁷³⁸. La réponse est aujourd'hui positive. Si l'on peut parfois s'interroger sur la fin personnelle poursuivie par le dirigeant, la solution est cependant justifiée. La société elle-même risque d'être mise en cause par les agissements de son dirigeant. Cela peut conduire à une situation paradoxale où elle apparaîtra, pour un même fait, comme coupable de l'infraction commise par son organe et comme victime de l'abus de biens sociaux⁷³⁹.

264 Est également contraire à l'intérêt social, le fait d'exposer la société et son patrimoine à un risque anormal. Cette extension du champ des comportements répréhensibles est critiquée⁷⁴⁰. Les auteurs craignent que ce soit un moyen de contrôler la gestion des affaires

736 Voir Crim. 14 juin 1993, B. Joly 1993.1139, note B. SAINTOURENS, pour l'octroi de rémunération excessive ; Crim., 21 août 1991, Dr. Pén. 1992, Comm. 17, note J.-H. ROBERT, pour la confusion des patrimoines.

737 Voir B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJC. 1995.301.

738 Crim., 22 avril 1992, Dr. Pén. 1993, Comm. 115, note J.-H. ROBERT ; RS. 1993.124, note B. BOULOC ; Crim., 27 octobre 1997, JCP. 1998, II, 10017, note M. PRALUS ; B. Joly 1998, § 2, note J.-F. BARBIÉRI.

739 Crim., 16 février 1999, B. Joly 1999, § 143, note D. OHL.

Un intérêt spécifique

sociales. Cette jurisprudence ne semble pas critiquable. Elle reste dans l'esprit du droit pénal des sociétés et ne donne pas lieu aux abus redoutés. La loi elle-même incrimine des faits qui exposent le patrimoine social à un risque anormal sous la qualification d'abus du crédit de la société⁷⁴¹. Il ne s'agit pas d'une atteinte directe aux biens sociaux mais le risque est tel que la capacité de la société à générer des bénéfices peut s'en trouver compromise. L'abus de crédit peut être aussi dangereux que celui des biens⁷⁴². La jurisprudence ne semble pas succomber au laxisme redouté. La Cour de cassation contrôle la motivation des décisions. Elle censure celles qui admettent trop facilement l'existence d'un risque anormal. Elle a cassé ainsi pour manque de base légale un arrêt de Cour d'appel qui avait condamné les dirigeants d'une société sans avoir recherché si les prévenus avaient sciemment fait courir à la société un risque anormal, distinct du risque inhérent à la nature du marché⁷⁴³.

265 L'intérêt personnel du dirigeant est un élément constitutif de l'infraction d'abus de biens sociaux au même titre que l'atteinte à l'intérêt social. Il est cependant souvent négligé⁷⁴⁴ alors qu'il s'agit d'une condition distinctive de l'abus de biens sociaux par rapport à l'abus de confiance⁷⁴⁵. Peu importe la nature du but personnel : économique, politique, familial...⁷⁴⁶. Il n'est pas nécessairement direct et personnel ; l'acte peut bénéficier à une société dans laquelle le dirigeant est intéressé⁷⁴⁷.

266 L'intérêt du dirigeant peut être matériel. Des rémunérations excessives au regard de l'activité⁷⁴⁸ réelle peuvent provoquer les difficultés financières de la société⁷⁴⁹. Le but personnel peut également

740 Voir B. BOULOC, article précité. Voir en faveur de cette solution : J.-M. VERDIER, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes. Etudes de droit commercial*, sous la direction et avec une préf. de J. HAMEL, Dalloz 1955, p. 181.

741 Articles L. 242-6 et L. 241-3 du Code de commerce.

742 Voir les limites posées en matière de cautionnement en droit des sociétés : article L. 225-35 du Code de commerce ; en droit de la famille : article 1415 du Code civil.

743 Crim., 16 janvier 1989, RS. 1989.687, note B. BOULOC.

744 Voir B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJC. 1995.301.

745 J.-M. VERDIER, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes. Etudes de droit commercial*, sous la direction et avec une préf. de J. HAMEL, Dalloz 1955, p. 181.

746 J.-M. VERDIER, op. cit., p. 208.

747 Crim., 10 juillet 1995, RJDA. 5/96, n° 640 ; H. LE NABASQUE, *La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs*, RJDA. 1995.432 ; JCP. E 1995, II, 22572, note J. PAILLUSSEAU. Voir D. REBUT, Rép. Pén., V^{is} *Abus de biens sociaux*, n° 32 et 98.

748 Crim., 12 décembre 1994, B. Joly 1995.427 ; Crim. 14 juin 1993, B. Joly. 1993.1139, note B. SAINTOURENS.

749 Crim., 30 septembre 1991, B. Joly 1992, § 40, note D. BARADERIE ; RS. 1992.356, note B. BOULOC.

Un intérêt spécifique

être moral. Le dirigeant recherchera alors le prestige ou les relations influentes⁷⁵⁰, par exemple dans le souci de favoriser un carrière politique⁷⁵¹. Ce sont des fins manifestement étrangères à celles de la société. On peut regretter que les tribunaux ne soient pas plus soucieux de caractériser l'intérêt personnel du dirigeant poursuivi. La jurisprudence considère notamment que les prélèvements occultes sont présumés faits dans l'intérêt personnel du dirigeant en l'absence de preuve que les fonds ont été utilisés dans l'intérêt de la société⁷⁵². Ces courants jurisprudentiels tendent à réduire le but personnel à un élément du débat probatoire, alors qu'il est un élément constitutif de l'infraction d'après la formule de la loi. Le fait qu'un dirigeant ait un intérêt à l'acte n'implique pas nécessairement la méconnaissance de l'intérêt social. La Cour de cassation a reconnu implicitement que, en l'absence de risque anormal, faire sous-traiter un marché par une société dans laquelle un dirigeant a des intérêts n'est pas contraire à l'intérêt social⁷⁵³. Une telle situation relève du contrôle des conventions réglementées et non nécessairement du droit pénal des sociétés.

267 L'abus de biens sociaux dans les groupes de sociétés. L'examen du délit d'abus de biens sociaux ne peut cependant s'achever sans que l'on évoque le particularisme de la notion d'intérêt social lorsque la société est intégrée à un groupe de sociétés⁷⁵⁴. Le droit positif est essentiellement prétorien, ce qui peut étonner en matière pénale. La légalité de cette jurisprudence a d'ailleurs suscité des interrogations⁷⁵⁵. L'affaire Willot a été l'occasion dans les années soixante-dix de fixer la politique jurisprudentielle⁷⁵⁶. Le principe reste la répression et les conditions posées pour y échapper sont exigeantes⁷⁵⁷. La Cour de cassation a eu l'occasion d'énoncer que

750 Crim., 27 octobre 1997, JCP. 1998, II, 10017, note M. PRALUS ; B. Joly 1998, §2, note J.-F. BARBIÉRI.

751 Crim., 20 mars 1997, B. Joly 1997, § 310, note J.-F. BARBIÉRI ; Dalloz Affaires 1997.837.

752 Voir par exemple : Crim., 9 juillet 1998, B. Joly 1998, § 377, note J.-F. BARBIÉRI.

753 Crim., 16 janvier 1989, RS. 1989.687, B. BOULOC.

754 Voir G. SOUSI, *Intérêt du groupe et intérêt social*, JCP. CI 1975, I, 11916 ; B. BOULOC, *Droit pénal et groupe d'entreprises*, RS. 1988.981 ; A. MÉDINA, *Abus de biens sociaux. Prévention-détection-poursuite*, Dalloz 2001, § 4.43 sqq.

755 W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Sociétés. Traité*, Fasc. 132-B, n° 32 sqq. Voir également A. ATIBACK, *Intérêt social et intérêt du groupe en matière d'abus commis par les dirigeants sociaux*, thèse dactyl., Paris II 1996, notamment n° 127 sqq.

756 T. Corr., Paris 16 mai 1974, RS. 1975.657, obs. B. O. ; D. 1975.37 ; M. TROCHU, M. JEANTIN, D. LANGÉ, *De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés*, D. 1975, Chr. 7 ; G. SOUSI, article précité.

757 A. DEKEUWER, *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, JCP. E 1995, I, 500. La jurisprudence retient rarement l'intérêt de groupe.

Un intérêt spécifique

« pour échapper aux prévisions des articles 425, 4° et 437, 3° de la loi du 24 juillet 1966 [devenus L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce], le concours financier apporté, par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge »⁷⁵⁸. L'intérêt personnel du dirigeant, dans les situations rencontrées en jurisprudence, est souvent indirect. Le prévenu est dirigeant ou étroitement intéressé à la gestion de la société bénéficiaire. L'intérêt dans une autre société semble alors établir l'avantage personnel⁷⁵⁹. La contrepartie dont profite la société prélevée peut être monétaire ou non. C'est en l'absence de contrepartie que se rencontre souvent la référence au risque anormal qui est assimilé à l'atteinte directe au patrimoine de la société⁷⁶⁰. Selon Monsieur OHL « une rémunération de l'aide ne paraît plus nécessaire pourvu que la gratuité soit réciproque »⁷⁶¹. Par ailleurs jamais l'intérêt du groupe ne justifiera le sacrifice d'une société⁷⁶².

268 Que penser alors de la notion d'intérêt du groupe ? Comment permet-elle d'échapper à la répression ? L'intérêt du groupe est-il autonome par rapport à l'intérêt social ? Une première remarque s'impose : les conditions exigeantes de la jurisprudence sont rarement réunies. La répression n'est guère entravée par le phénomène économique des groupes de sociétés. Au point que des auteurs se sont demandés si l'intérêt du groupe n'était pas « un concept purement académique »⁷⁶³. Il semble en définitive que l'intérêt du groupe n'ait aucune autonomie par rapport à l'intérêt social. Pour qu'il existe un intérêt du groupe, il faut notamment que le sacrifice demandé ne soit

⁷⁵⁸ Crim., 4 février 1985, JCP.E 1985, I, 2085, note W. JEANDIDIER ; D. 1985.478, note D. OHL.

⁷⁵⁹ Voir D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Bibl. dr. de l'entreprise t. 14, Librairie technique 1982, n° 325.

⁷⁶⁰ D. OHL, thèse précitée, n° 335 sqq.

⁷⁶¹ D. OHL, thèse précitée, n° 349.

⁷⁶² D. OHL, thèse précitée, n° 353 sqq. Voir également : Crim., 27 avril 2000, B. Joly 2000, § 264 ; PA. 9 avril 2001, n° 70, p. 13, note M.-C. SORDINO ; D. 2000, AJ. 328, note A. LIENHARD.

⁷⁶³ A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, obs. sous Crim., 8 août 1995, JCP. 1996, I, 3926, n° 15. La notion est cependant entrée dans les textes avec la loi relative aux nouvelles régulations économiques : l'article L. 225-31 du Code de commerce invite l'expert de minorité à apprécier les conventions en cause « au regard de l'intérêt de groupe ».

pas sans contrepartie suffisante, c'est-à-dire qu'il ne doit pas exposer la société à un risque anormal. Or cette exigence suffit à écarter la qualification d'abus de biens sociaux. Les trois conditions posées par la jurisprudence sont réductibles à une seule : l'existence d'une contrepartie suffisante. Ce qui n'est pas différent des exigences jurisprudentielles et légales pour les sociétés isolées. L'intérêt social doit seulement être apprécié *in concreto*, c'est-à-dire en tenant compte des relations qui existent entre sociétés du groupe. L'intérêt du groupe n'a guère d'autonomie. Ce constat peut conduire à nier la personnalité du groupe, que la jurisprudence a rejetée récemment⁷⁶⁴. Il conduit également à s'interroger sur la portée réelle de la référence à la notion d'intérêt de groupe dans la loi. L'article L. 225-31 du Code de commerce qui invite l'expert de minorité à apprécier les conventions en cause « au regard de l'intérêt de groupe » ne devrait pas modifier la jurisprudence relative à l'abus de biens sociaux. Il est bien plus probable que la définition adoptée en matière d'abus de biens sociaux soit transposée en matière d'expertise. Le droit des sociétés n'est d'ailleurs pas la seule branche du droit à manifester son hostilité à l'égard de la notion d'intérêt du groupe ; le droit fiscal adopte une position similaire⁷⁶⁵.

269 L'abus de confiance. Au terme de l'article 314-1 du Code pénal « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui a été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». L'incrimination a été élargie lors de la réforme du droit pénal. La référence à des contrats déterminés du Code civil a été supprimée dans un souci d'efficacité de la répression⁷⁶⁶. Avant cette modification, et plus spécialement avant le décret-loi du 8 août 1935⁷⁶⁷, la répression des comportements abusifs des dirigeants de personnes morales était aléatoire. Le contrat de société ou celui d'association était absent de l'énumération légale de l'article 408 du Code pénal. Pour entrer en voie de condamnation, les juridictions répressives reconnaissaient dans les dirigeants des mandataires, car le mandat était visé par le Code pénal⁷⁶⁸. Aujourd'hui, c'est la finalité de la remise qui devient l'élément essentiel de

⁷⁶⁴ Com., 2 avril 1996, précité.

⁷⁶⁵ M. COZIAN, *Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe ?* in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, p. 457, 4^{ème} éd., Litec 1999.

⁷⁶⁶ Certains auteurs pensent cependant que la modification est de faible portée : M. VÉRON, *Du contrat préalable à l'abus de confiance*, Dr. Pén. 1995, Chr. 21.

⁷⁶⁷ Le décret-loi du 8 août 1935 a créé l'incrimination d'abus de biens sociaux.

⁷⁶⁸ T. corr. Seine, 2 novembre 1951, JCP. 1951, II, 6701, note J. LARGUIER ; D. Soc.1952.181, note J. KREHER.

l'infraction⁷⁶⁹. Elle se distingue de l'abus de biens sociaux dans la mesure où l'abus de confiance n'est pas nécessairement commis au profit de son auteur⁷⁷⁰. Cela signifie que l'abus de confiance fait ressortir avec moins de netteté l'opposition des intérêts entre le dirigeant et la personne morale. Le rôle primordial acquis par la finalité de la remise contribue cependant à les rapprocher. Dans les personnes morales la finalité de la remise est l'usage conforme à l'intérêt de l'organisation⁷⁷¹. Cette remarque vaut pour les sociétés dans lesquelles le délit d'abus de biens sociaux n'existe pas, comme pour les autres personnes morales : groupement d'intérêts économiques (GIE)⁷⁷², association, fondation⁷⁷³, comité d'entreprise...

270 L'incrimination est parfois intégrée au régime particulier d'une institution. Ainsi en matière de société, les dirigeants des sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé peuvent être punis des peines prévues aux articles 314-1 et suivants du Code pénal⁷⁷⁴. En droit de la famille, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux prévoit que le détournement de biens remis au titre de l'article 220-1 du Code civil est puni des peines de l'abus de confiance. En dehors de ces hypothèses, la jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer les dispositions du Code pénal aux dirigeants de plusieurs types de personnes morales. Un syndic peut être ainsi condamné pour abus de confiance s'il conserve des sommes remises par un fournisseur⁷⁷⁵. Le détournement partiel de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise pour rembourser des frais personnels aux membres élus a également reçu cette qualification pénale⁷⁷⁶. L'attribution de subsides à des grévistes étrangers à l'entreprise avait déjà permis la condamnation du secrétaire d'un comité d'entreprise⁷⁷⁷. En matière d'association, les tribunaux ont également sanctionné les comportements délictueux de dirigeants qui avaient détourné les biens des associations qu'ils avaient la charge de gérer. Le fait pour des

769 W. JEANDIDIER, article précité, n° 21 ; L. GODON, *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, RS. 1997.285, n° 8.

770 W. JEANDIDIER, article précité, n° 39. Les personnes visées ne sont pas non plus les mêmes, dans la mesure où l'abus de confiance peut toucher des non dirigeants.

771 En ce sens en matière de société : L. GODON, article précité, n° 10 sq.

772 Crim., 27 janvier 1986, B. Joly 1986, § 177.

773 En ce sens : V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse dactyl., Paris II 1999, n° 629.

774 Article 31 de la loi 86-16 du 6 janvier 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé.

775 Crim., 12 novembre 1985, B. Crim., n° 349.

776 Crim., 16 décembre 1997, RJS. 04/98, n° 488.

777 T. corr. Seine, 2 novembre 1951, précité.

Un intérêt spécifique

dirigeants d'associations religieuses de détourner, à des fins de spéculation personnelle, des sommes remises par les fidèles constitue un abus de confiance⁷⁷⁸. Le prélèvement de fonds sur les comptes d'une association par son président pour l'acquisition d'un immeuble au bénéfice d'une autre association qu'il présidait également est répréhensible de la même manière⁷⁷⁹. Si l'intérêt personnel n'est pas une condition formelle de l'abus de confiance, la jurisprudence révèle que le détournement profite directement ou indirectement à son auteur. Il lui bénéficie souvent économiquement. Même lorsqu'il profite matériellement à un tiers, il est permis de se demander si l'agent n'en retire pas un avantage personnel. Ainsi le secrétaire d'un comité d'entreprise qui fait distribuer des subsides à des grévistes étrangers à l'entreprise ne recherche-t-il pas à satisfaire un intérêt personnel d'ordre idéologique et/ou politique et peut-être à gagner la reconnaissance des salariés secourus à peu de frais et celle de leurs défenseurs institutionnels : les syndicats. Son comportement est-il si éloigné de celui du dirigeant de société qui est reconnu coupable d'abus de biens sociaux pour avoir détourné des fonds qui appartenaient à la société dans le but de favoriser une carrière politique personnelle⁷⁸⁰ ? Il semble qu'à travers l'application de l'abus de confiance en matière de personne morale apparaît la même distinction que celle dégagée en matière de société entre l'intérêt de la personne morale et celui de ses dirigeants.

271 L'étude des actes interdits relève de la matière répressive. Il existe cependant beaucoup d'autres situations de conflits d'intérêts qui ne sont pas aussi dramatiques. Parfois la prévention peut empêcher qu'une situation conflictuelle se développe. D'autres fois l'acte sera contrôlé dans sa finalité, voire dans sa proportionnalité. Ces hypothèses peuvent être réunies sous le terme d'actes réglementés.

II Les actes réglementés

272 **Les conventions réglementées en droit des sociétés**⁷⁸¹. Le droit des sociétés a prévu plusieurs mécanismes de prévention des conflits d'intérêts⁷⁸². Le contrôle des conventions conclues avec un dirigeant est le principal d'entre eux⁷⁸³. La loi a instauré dans ce cas

778 Crim., 19 décembre 1991, RSC. 1992.588, obs. P. BOUZAT.

779 Crim., 4 novembre 1991, B. Crim., n° 391. Voir également T. corr. Paris, 19 octobre 1999, affaire de l'ARC, *Le Monde*, jeudi 21 octobre 1999, p. 11.

780 Crim., 20 mars 1997, précité.

781 I. BALENSI, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Coll. études juridiques, série droit des affaires, Economica 1975.

782 Pour la SA : D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Coll. Pratique des affaires, éd. Joly 1999.

783 Articles L. 223-19 et suivants, et L. 225-38 et suivants du Code de commerce.

Un intérêt spécifique

« une procédure un peu compliquée et d'une efficacité incertaine »⁷⁸⁴. En dehors de la SA et de la SARL, il n'existe pas de disposition particulière. La jurisprudence a parfois pallié l'absence de réglementation. Elle a eu recours à un moyen détourné qui consiste à se référer à l'objet social voire à l'intérêt social⁷⁸⁵. Un cautionnement consenti par une société civile pour garantir les engagements d'une autre société qui avait les mêmes dirigeants a pu être annulé pour dépassement de l'objet⁷⁸⁶. La présente étude se limitera aux mécanismes légaux de protection de l'intérêt social et les procédés détournés de la jurisprudence en seront écartés⁷⁸⁷.

273 La procédure à suivre est différente selon que la société est une SA ou une SARL⁷⁸⁸. Dans la SA la convention est soumise à une autorisation préalable du conseil d'administration⁷⁸⁹. Le dirigeant intéressé est exclu du vote⁷⁹⁰. A défaut d'autorisation, la convention est nulle. Elle est ensuite transmise au commissaire aux comptes qui présentera un rapport spécial sur les conventions réglementées devant l'assemblée générale annuelle. Les actionnaires doivent enfin l'approuver. A défaut d'approbation, les conséquences dommageables qui pourraient résulter de l'exécution seront supportées par le dirigeant cocontractant. Dans les SARL, la procédure est simplifiée et se réduit le plus souvent à l'approbation *a posteriori* des conventions par l'assemblée générale⁷⁹¹. L'autorisation préalable des associés n'est exigée qu'en l'absence de commissaire aux comptes lorsque le gérant n'est pas associé⁷⁹². En toute hypothèse, le dirigeant ou l'associé intéressé est exclu du vote⁷⁹³.

274 Entrent dans le champ des conventions réglementées, les actes conclus directement entre un dirigeant social et la société⁷⁹⁴. Les conventions conclues par personne interposée leur sont assimilées.

784 P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, collection Thémis, 3^{ème} éd., PUF 1999, p. 239.

785 Com., 28 mars 2000, D. 2000, AJ 253, obs. M. BOIZARD ; RTDCom. 2000.666, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; Dr. Soc. 2001, Comm. 97, note Th. BONNEAU.

786 Civ. I, 6 mars 1979, JCP. 1979, IV, p. 170, la réglementation des cautions avals et garanties prévue à l'article L. 225-35 du Code de commerce en matière de SA était également inapplicable. Voir également H. HOVASSE, *Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social*, Droit et Patrimoine avril 2001, p. 76.

787 Même s'il est vrai que c'est l'intérêt social qu'elle cherche à protéger à travers l'objet social.

788 Voir également, pour la SAS : article L. 227-10 du Code de commerce.

789 Article L. 225-38 du Code de commerce.

790 Article L. 225-40 du Code de commerce.

791 Article L. 223-19 du Code de commerce.

792 Article L. 223-19 du Code de commerce.

793 Articles L. 223-19 et L. 225-40 du Code de commerce.

794 Articles L. 225-38, alinéa 1 et L. 223-19, alinéa 1 du Code de commerce.

Un intérêt spécifique

L'article L. 225-38 étend le contrôle aux conventions auxquelles le dirigeant est indirectement intéressé. L'absence de référence à cette dernière hypothèse dans la réglementation propre à la SARL⁷⁹⁵ ne doit pas faire penser que de telles conventions échappent au contrôle des associés. Si l'interposition de personne apparaît comme une cause autonome de nullité d'une convention non autorisée⁷⁹⁶, l'intérêt indirect s'en rapproche tellement qu'il est injustifié de traiter différemment des situations si proches qu'elles se recouvrent le plus souvent. Les conventions conclues directement avec un administrateur ou un gérant sont manifestement sources de conflits dans la mesure où l'existence d'un contrat implique une différence d'intérêts⁷⁹⁷. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'il y a une divergence ou une opposition d'intérêts ; il existe simplement deux intérêts distincts : celui du créancier et celui du débiteur. Une question pourrait alors se poser : faut-il suivre la procédure de contrôle des conventions réglementées lorsque la convention se fonde sur un intérêt unique ou sur un simple intérêt commun ? Le dirigeant qui désire s'associer à la société qu'il dirige ou conclure un mandat d'intérêt commun devra-t-il respecter la procédure ? Il semble que la réponse soit positive car si les intérêts sont identiques ou convergents à l'origine, des conflits d'intérêts peuvent survenir après.

275 La notion d'intérêt indirect permet d'illustrer l'opposition d'intérêts qui existe entre le dirigeant et la société. Elle fait ressortir l'idée déjà exprimée que le conflit apparaît lorsque le dirigeant poursuit un intérêt externe à la société. Cet intérêt externe peut être le renforcement de sa situation au sein d'une société tiers qu'il fait soutenir financièrement⁷⁹⁸. Est indirectement intéressé le dirigeant d'une société dont le cocontractant est une autre société composée des enfants du dirigeant⁷⁹⁹. Il en est de même de celui qui après avoir affilié la société à un régime collectif de retraite par capitalisation, s'avère en être le seul bénéficiaire⁸⁰⁰. Au contraire, n'est pas

795 Voir I. BALENSI, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, thèse précitée, n° 78.

796 Com., 23 octobre 1990, BC., IV, n° 254 ; RS 1990.92, obs. Y. GUYON ; D. 1990, IR. 270.

797 Autrement on se trouverait face à un contrat avec soi-même. Sur cette idée appliquée au contrat conclu entre une personne morale et un de ses membres : B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 81.

798 Paris, 26 juin 1990, Dr. Soc. 1990, Comm. 269.

799 Com., 23 octobre 1990, BC., IV, n° 254 ; RS 1990.92, obs. Y. GUYON ; D. 1990, IR. 270.

800 Com., 15 mars 1994, PA. 1^{er} février 1995, p. 15, note D. GIBIRILA ; la nullité n'a cependant pas été prononcée en l'espèce car elle était opposée par le cocontractant.

indirectement intéressé l'administrateur qui ne remplit pas dans la société cocontractante une des fonctions énumérées par l'article L. 225-38 alinéa 3 du Code de commerce, alors qu'il n'était pas établi qu'il avait dans la société une influence suffisante pour peser sur sa conduite⁸⁰¹, ni qu'il en avait tiré un profit quelconque⁸⁰².

276 Les conventions réglementées dans les associations et les fondations. La réglementation des articles L. 225-38 et L. 223-19 du Code de commerce s'applique aux conventions conclues entre sociétés mais également aux conventions conclues entre une société et une entreprise. A vrai dire, ce n'est pas avec l'entreprise que l'acte est passé mais avec la personne qui lui sert de support⁸⁰³. Il peut s'agir notamment d'une association⁸⁰⁴. Mais alors la procédure ne devra être respectée que dans la société en cause et non dans l'association. Les associations et les fondations ne disposent-elles d'aucun moyen de prévention des conflits d'intérêts ?

277 La loi de 1901 n'a rien prévu en matière de convention entre l'association et un dirigeant⁸⁰⁵. La liberté statutaire accordée aux rédacteurs autorise l'introduction de clauses qui encadrent la conclusion de telles conventions⁸⁰⁶. Les pouvoirs publics tiennent parfois la main aux rédacteurs. La pratique des statuts types et l'existence de dispositions statutaires obligatoires sont des atteintes indirectes à la liberté de principe. Le décret n° 90-392 du 11 mai 1990 relatif aux associations de collecte de la participation des employeurs à l'effort de construction⁸⁰⁷ impose la présence de dispositions dans les statuts qui réglementent la conclusion de conventions entre l'association et ses dirigeants⁸⁰⁸. La pratique des subventions publiques encourage les collectivités à subordonner leur participation

801 En ce sens : I. BALENSI, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, thèse précitée, n° 80.

802 Com., 4 octobre 1988, B. Joly 1989.861, note P. LE CANNU ; RS. 1989.216, note Y. CHAPUT.

803 Du moins est-ce la présentation retenue par la doctrine toujours dominante selon laquelle l'entreprise n'est pas elle-même une personne morale.

804 Paris, 26 septembre 1991, RTDCom. 1992.406, obs. E. ALFANDARI, M. JEANTIN ; D. 1991, IR. 252 ; B. Joly 1991, § 354, note P. Le CANNU ; RS. 1991.817, obs. Y. GUYON. Il peut s'agir aussi d'une indivision : Versailles, 9 octobre 1997, B. Joly 1998, §12, note C. PRIÉTO.

805 Voir G. SOUSI, *Les conventions conclues entre une association et ses administrateurs*, JCP. 1991, I, 3485 ; L. BUTSTRAEN, *Transparence des associations : contrôle des conventions conclues entre une association et ses dirigeants*, Juris associations, n° 145, 1^{er} octobre 2001, p. 19.

806 Ce que ne permet pas le droit des sociétés : Com., 9 février 1999, JCP. G 1999, II, 10168, note G. BLANC ; JCP. E 1999, p. 724, note Y. GUYON ; RS. 1999.81, note P. LE CANNU ; RJC. 1999.269, note J.-Ph. DOM ; RTDCom. 1999.904, obs. Y REINHARD.

807 RTDCom. 1990.430, obs. E. ALFANDARI, M. JEANTIN.

808 Statuts types imposés par le décret du 11 mai 1990.

Un intérêt spécifique

à des modifications de l'organisation de l'association⁸⁰⁹, ce qui permet l'instauration d'une procédure de contrôle des conventions dans ces associations⁸¹⁰. La loi elle-même prévoit parfois le contrôle selon des modalités adaptées du droit des sociétés. L'article 11 du décret du 11 janvier 1990⁸¹¹ impose aux associations sportives la procédure des articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce : autorisation par le conseil d'administration puis approbation par l'assemblée générale. La conclusion de conventions avec un dirigeant peut également poser un problème de pouvoir : est-il possible à un dirigeant de représenter l'association à l'acte auquel il est lui-même partie ? Cette question se rapproche du problème de la contrepartie⁸¹². La Cour d'appel de Versailles a jugé que le président d'une association était « empêché » dans cette hypothèse et qu'il ne pouvait pas plus déléguer le pouvoir de contracter qu'il ne pouvait contracter lui-même⁸¹³. L'ensemble de ces règles permet une conclusion semblable à celle dégagée de l'étude des dispositions comparables du droit des sociétés. L'existence, et la prévention, de conflits d'intérêts au sein de l'association entre la personne morale et ses dirigeants, démontrent la différence d'intérêts qui peut exister entre eux. Il est impossible d'assimiler l'intérêt de l'association à celui de ces dirigeants.

278 Lorsqu'un commissaire aux comptes est nommé dans une association, il exerce sa mission censoriale comme en matière de société. Le commissaire aux comptes prudent rédige deux rapports : un rapport général et un rapport spécial qui comprend la mention des conventions passées entre l'association et ses dirigeants. Il existe trois exceptions à l'absence de réglementation des conventions réglementées en droit des associations. Des règles particulières ont été édictées pour les comités interprofessionnels du logement (décret n° 90-392 du 11 mai 1990) et les organisme collecteurs agréés pour la formation continue (article R. 964-1-5 du code du travail). Une troisième exception concerne les associations dont le financement dépend de subventions depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques⁸¹⁴.

809 Circulaire n° 2010 du 27 janvier 1975, relative aux rapports entre les collectivités publiques et les associations assurant des tâches d'intérêt général, Lamy associations, n° 298-104.

810 En ce sens : G. SOUSI, article précité, n° 11.

811 RTDCom. 1990.225, obs. E. ALFANDARI, M. JEANTIN.

812 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux*, 14^{ème} éd., Cujas 2001, n° 566.

813 Versailles, 28 septembre 1989, B. Joly 1989, § 340, note M. JEANTIN ; RTDCiv. 1990.265, obs. J. MESTRE.

814 Article L. 612-5 du Code de commerce. Voir L. BUTSTRAEN, *Transparence des associations : contrôle des conventions conclues entre une association et ses*

279 La législation relative aux fondations reste silencieuse sur les conventions conclues avec leurs administrateurs. Cependant il est courant de relever l'insuffisance des contrôles des fondations⁸¹⁵. Les contrôles administratifs sont lourds et peu efficaces. La fondation souffre de ce qu'il est convenu d'appeler un « déficit démocratique »⁸¹⁶. Le Conseil d'Etat suggère d'y remédier par l'adoption d'un exécutif bicéphale et d'une procédure de contrôle des conventions conclues avec les administrateurs⁸¹⁷. La prévention des conflits d'intérêts⁸¹⁸ semble se justifier de la même manière dans les institutions de nature fondative que dans les groupements. L'instauration d'une réglementation des conventions auxquelles un dirigeant est intéressé paraît dès lors souhaitable⁸¹⁹. En l'état du droit positif il est envisageable de recourir à un moyen détourné que la jurisprudence a déjà utilisé en droit des sociétés⁸²⁰. La protection de l'intérêt de la personne morale peut être assurée indirectement par la notion d'objet. Une convention, et notamment un cautionnement, peut être annulée si elle dépasse l'objet de l'organisation. L'argumentation n'a pas convaincu la Cour d'appel de Paris⁸²¹. Elle a rejeté la demande en annulation d'une lettre d'intention accordée par une fondation en garantie des dettes d'une société filiale à 99%. Les organisations avaient un même dirigeant à leur tête. La Cour d'appel s'est fondée sur l'exclusion évidente des règles applicables aux sociétés anonymes⁸²² et sur une conception excessivement large de l'objet. Elle a estimé que le cautionnement d'une filiale était conforme à l'objet de la fondation dans la mesure où la société contribuait au financement de la fondation. La notion d'objet est pourtant plus concrète que cela : il s'agit de l'activité de la personne morale. Le cautionnement des dettes d'une filiale n'est pas nécessairement conforme à l'intérêt de la fondation-mère. L'argument mérite d'être à nouveau soumis aux tribunaux.

dirigeants, Juris associations, n° 145, 1^{er} octobre 2001, p. 19.

815 *Rendre plus attractif le droit des fondations*, rapport du Conseil d'Etat, Documentation Française 1997, p.61 sqq.

816 Rapport du Conseil d'Etat, op. cit., p. 85.

817 Rapport du Conseil d'Etat, op. cit., p. 86 sq. et p. 91 sq.

818 A. DAVID, *La vie des fondations*, RTDCiv. 1959.665, n° 18.

819 En ce sens : V. GUEDJ, thèse précitée, n° 778.

820 Il avait également été utilisé pour annuler un cautionnement consenti par un syndicat : Paris, 25 octobre 1994, D. 1995, IR. 8.

821 Paris, 9 mars 1999, RS. 1999.411, note Y. GUYON ; B. Joly 1999, § 142, note A. COURET. Comparer avec Paris, 25 octobre 1994, D. 1995, IR. 8, qui a statué en sens inverse en faveur d'un syndicat.

822 Article L. 225-35 du Code de commerce.

280 Il serait souhaitable que soit reconnu un principe d'exclusion du vote intéressé et que soient généralisées les procédures de contrôle des conventions conclues avec des administrateurs⁸²³. La jurisprudence n'y semble pas encore favorable en droit des sociétés⁸²⁴. Elle a adopté parfois des solutions plus souples. Ainsi en matière d'indivision où le principe de l'unanimité rend les conflits d'intérêts particulièrement dangereux. La Cour de cassation a admis que le vote à l'unanimité pouvait être écarté dans de telles hypothèses : l'indivisaire intéressé a été écarté de la prise de décision dans un arrêt du 18 octobre 1961⁸²⁵. Cette solution a permis l'introduction d'une action en résiliation du bail d'un bien indivis consenti à un indivisaire. En dehors des situations où l'unanimité rend la solution classique manifestement insupportable, priver l'administrateur, ou le membre, de son droit de vote lorsqu'il a un intérêt externe à la personne morale est une proposition qui mérite d'être étudiée.

281 **Les actes du chef d'entreprise.** Les actes du chef d'entreprise qui feront l'objet des prochains développements ne sont pas de nature conventionnelle. Il s'agit de décisions unilatérales qui concernent le plus souvent les relations avec les salariés de l'entreprise. Les règles relatives aux clauses de non-concurrence et au pouvoir disciplinaire, dégagées en droit du travail sont particulièrement intéressantes lorsque l'on s'interroge sur la distinction de l'intérêt⁸²⁶ de l'entreprise et de l'intérêt de l'entrepreneur.

282 Jusqu'en 1988, la Cour de cassation a censuré les décisions des juges du fond qui écartaient l'application des clauses de non-concurrence non justifiées par l'intérêt de l'entreprise⁸²⁷. La clause de non concurrence était valable dès lors qu'elle n'était pas absolue et générale. Elle devait être limitée dans le temps ou dans l'espace afin de respecter la liberté du travail de l'ancien salarié. Le revirement est

823 La procédure de contrôle devra cependant restée simple pour ne pas générer des coûts de transaction excessifs.

824 Com., 9 février 1999, JCP. G 1999, II, 10168, note G. BLANC ; JCP. E 1999, p. 724, note Y. GUYON ; RS. 1999.81, note P. LE CANNU ; RJC. 1999.269, note J.-Ph. DOM ; RTDCom. 1999.904, obs. Y REINHARD.

825 Soc., 18 octobre 1961, BC., V, n° 868.

826 Sur l'intérêt de l'entreprise en droit du travail : G. COUTURIER, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporains. Ecrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, p. 142, PUF 1992 ; N. CATALA, *L'entreprise*, in *Traité de droit du travail*, sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, Dalloz 1980, n° 163 sqq. ; G. et A. LYON-CAEN, *La « doctrine » de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, FNDE, Bibl. dr. de l'entreprise, avant-propos de J. M. MOUSSERON et de B. TEYSSIE, Librairie technique 1978, p. 599.

827 Soc., 13 octobre 1988, D. 1988.122, note Y. SERRA.

Un intérêt spécifique

intervenue en 1992⁸²⁸. Depuis lors, la Cour de cassation approuve les décisions qui contrôlent la licéité des clauses de non-concurrence au regard de l'intérêt légitime de l'entreprise. Elle a ainsi rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié (laveur de vitres), la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. La jurisprudence a instauré un contrôle de la licéité mais n'a pas pour autant déclaré illicites toutes les clauses. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'il est possible d'interdire par voie contractuelle toute activité dans une entreprise concurrente dès l'instant que cela est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et que la clause n'empêche pas le salarié de retrouver un emploi compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelle⁸²⁹. La référence à la notion d'intérêt de l'entreprise n'est donc pas de pure forme. Elle fonde la licéité des clauses de non-concurrence autant qu'elle la limite. La question qui se pose ici est de savoir s'il est possible d'envisager l'intérêt de l'entreprise comme distinct de celui de l'employeur.

283 La prérogative qui autorise l'employeur à exiger d'un salarié qu'il ne lui fasse pas concurrence n'est pas un droit contractuel comme les autres. Il est manifeste qu'il atteint directement les intérêts du salarié concerné. La nullité qui sanctionne les clauses inutiles à la protection des intérêts de l'entreprise est relative et ne peut être invoquée que par le salarié⁸³⁰. En face de l'intérêt du travailleur trouve-t-on un intérêt de l'entreprise distinct de celui de l'employeur ? La clause de non-concurrence protège d'un risque concurrentiel⁸³¹, c'est-à-dire qu'elle assure la protection d'une activité. Cette activité est exercée par une personne : l'employeur. C'est la crainte de l'employeur de voir un de ses anciens salariés lui faire concurrence qui motive la stipulation d'une clause de non-concurrence. Pour que celle-ci soit justifiée il faut que la crainte soit fondée. En définitive il semble bien difficile en matière de clause de non-concurrence de distinguer l'intérêt de l'entreprise de l'intérêt de l'employeur. La fonction de l'intérêt de l'entreprise est uniquement d'imposer à l'employeur de mesurer ses prétentions pour ne pas atteindre les intérêts des salariés au-delà de ce qui est nécessaire à la satisfaction de ses propres intérêts. La notion invite à un bilan, à une pesée des intérêts en

828 Soc., 14 mai 1992, JCP. 1992, II, 21889, note J. AMIEL-DONAT.

829 Soc., 18 décembre 1997, D. 1998, Somm. 213, obs. Y. SERRA.

830 Soc., 17 juillet 1998, D. Soc. 1997.972, obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU.

831 Voir D. CORRIGNAN-CARSIN, *Validité des clauses de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise*, D. Soc. 1992.967.

présence et non à la recherche d'un intérêt commun qui reste introuvable au sein de l'entreprise.

284 L'étude du pouvoir disciplinaire conduit-elle à la même conclusion ? Son fondement contractuel ou institutionnel est indifférent à la solution du problème de la distinction des intérêts. Le débat semble aussi vain que celui qui a opposé les théoriciens de la réalité à ceux de la fiction. Seule est pertinente ici, l'étude de la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire et de son contrôle⁸³². L'article L. 122-43 du Code du travail issu de la loi du 4 août 1982 brise la jurisprudence qui faisait de l'employeur le seul juge en matière disciplinaire⁸³³. Le salarié bénéficie aujourd'hui de garanties de procédure et les décisions disciplinaires sont soumises à un contrôle de proportionnalité. Les nouvelles règles renseignent moins en définitive sur la distinction des intérêts de l'employeur et de l'entreprise que l'ancien régime. La loi va au-delà d'un contrôle de l'abus. Ce sont pourtant les situations d'abus qui ont fourni jusqu'ici le plus de matière dans la recherche d'un intérêt propre de la personne morale. Quel est l'apport de la jurisprudence rendue en matière disciplinaire sur la notion d'intérêt de l'entreprise ? L'intérêt de l'entreprise peut justifier que des personnes qui ont participé à une rixe au sein de l'entreprise ne soient pas sanctionnées de la même mesure. Si l'une peut être exclue de l'entreprise, une autre peut être maintenue dans son emploi dans la mesure où l'employeur ne veut pas se priver de sa collaboration dans l'intérêt de l'entreprise⁸³⁴. Aucune discrimination ne peut cependant être justifiée ; seule l'individualisation est licite⁸³⁵. Il semble que si la différence de traitement tenait à une qualité extra-professionnelle de la personne sanctionnée, elle ne serait pas justifiée. Ainsi le fait d'être syndiqué ne saurait justifier une différence de traitement. La maîtresse de l'employeur ne peut pas être mieux traitée que son indésirable mari⁸³⁶. Il est vrai qu'alors la situation paraît proche de celles que l'on rencontre en droit des sociétés. Seul la décision prise en considération d'intérêts internes à l'entreprise est licite. Cependant les intérêts en

832 Sur la vanité du débat relatif au fondement du pouvoir disciplinaire : J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 20^{ème} éd., Dalloz 2000, n° 891.

833 Soc., 29 janvier 1981, BC., V, n° 79. L'intérêt de l'entreprise et le détournement de pouvoir ne sont plus des « formules trompeuses » : J. PÉLISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz 1981, p. 275.

834 Soc., 16 décembre 1968, BC., V, n° 590.

835 Soc., 15 mai 1991, D.Soc. 1991.619, rapport Ph. WAQUET, conclusions E. FRANCK.

836 Comparer avec le dirigeant amoureux en droit des sociétés : M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 14^{ème} éd., Litec 2001, n° 698.

cause semblent toujours être ceux de l'employeur. La bonne marche de l'entreprise reste liée à l'activité de l'employeur. Il est impossible de reconnaître un intérêt commun dans l'entreprise. La sanction disciplinaire ne peut être motivée par des considérations autres que professionnelles mais ce n'est pas une limite aux intérêts que peut poursuivre l'employeur. Il s'agit d'une limite aux intérêts du salarié que l'employeur doit prendre en compte. Le pouvoir disciplinaire n'autorise pas son titulaire à atteindre tout intérêt de ses salariés. En définitive l'intérêt de l'entreprise reste l'intérêt de l'employeur limité à nouveau par les intérêts des salariés⁸³⁷. La même idée se retrouve en matière de fermeture d'usine ou lock-out. N'est pas justifiée par l'intérêt de l'entreprise la fermeture qui est décidée dans le but de porter atteinte au droit de grève des travailleurs⁸³⁸. Le lock-out peut être décidé pour des raisons de sécurité notamment.

285 L'intérêt des salariés est souvent atteint par les décisions de l'employeur. Leur appartenance à l'entreprise en qualité de membre est douteuse⁸³⁹. Cela ne signifie pas pour autant qu'il est permis à l'employeur de prendre ses décisions sans tenir compte des intérêts de travailleurs⁸⁴⁰. Ils limiteront la liberté de décision en matière disciplinaire et priveront d'effet les clauses de non-concurrence qui ne protègent pas l'activité de l'employeur contre une concurrence dangereuse. L'intérêt de l'entreprise n'apparaît pas différent de celui de l'employeur. Ses pouvoirs sont seulement limités en droit du travail par le nécessaire respect des droits des salariés qui sont atteints par ses décisions.

286 **Synthèse sur la distinction des intérêts des organes d'administration et ceux de la personne morale.** Les dirigeants sont un rouage essentiel de la technique de la personnalité morale. Ils sont de son essence. Il n'existe aucune personne morale qui puisse se passer d'organes dirigeants chargés de la représenter à l'égard des tiers. Cette nécessité a pour conséquence qu'il est souvent aisé de déterminer qui sont les dirigeants. Cette dernière remarque vaut surtout pour les personnes morales reconnues dans la doctrine traditionnelle, comme la société ou la fondation. Lorsque l'on aborde

837 Comparer avec B. DONDÉRO, *Les groupements sans personnalité juridique en droit privé*, thèse dactyl., Paris X 2001, n° 247, qui présente l'intérêt de l'entreprise comme une limite au pouvoir de l'employeur.

838 Sur le lock-out : Soc., 2 décembre 1964, D. 1965.112, note G. LYON-CAEN ; Soc., 12 février 1969, D. 1969.690 ; Soc., 21 juillet 1981, BC., V, n° 724.

839 Voir ci-dessus, n° 221 sqq.

840 J. GRIMALDI D'ESDRA, *La représentation du personnel dans l'entreprise : origines, puissance et déclin annoncé d'un pouvoir*, thèse dactyl., Montpellier I 1993, n° 536 sqq.

le terrain moins balisé des institutions pour lesquelles la personnalité morale est encore une question les réponses se font moins claires. Malgré son imperfection la formule de l'arrêt de 1954⁸⁴¹ reprise récemment a le mérite d'insister sur la nécessaire organisation des institutions personnifiées. L'incertitude qui persiste quant à l'existence d'organe dans l'entreprise notamment ainsi que dans le groupe apparaît comme un obstacle à la reconnaissance de la personnalité morale. Par ailleurs il existe des conflits d'intérêts entre la personne morale et ses dirigeants. Le droit cherche à les prévenir, parfois, et à les sanctionner, toujours. L'analyse des mécanismes de traitement de ces conflits d'intérêts semble confirmer l'existence d'un intérêt propre de la personne morale distinct de celui des dirigeants. Ils sont sanctionnés de la même manière que les membres⁸⁴² lorsqu'ils poursuivent un intérêt externe à la personne morale. Ils ne peuvent pas plus d'ailleurs se faire les représentants d'une partie des membres seulement⁸⁴³.

356-1. Conclusion du chapitre. Toute personne morale jouit d'un intérêt distinct de celui de ses membres et de ses dirigeants. Ce constat peut être formulé maintenant que sa justesse a été vérifiée au regard du droit positif. Les situations de conflits d'intérêts sont apparues comme autant de révélateurs de l'intérêt propre de la personne morale : abus de majorité et de minorité, abus de biens sociaux et de confiance sont des mécanismes de protection de l'intérêt de la personne morale, qui en révèlent l'existence. L'étude de certaines actions en justice a également été utile dans cette recherche. La distinction n'a pas toujours été facile à opérer mais elle apparaît désormais évidente.

356-2. Conclusion du titre. L'intérêt est apparu d'abord comme une notion du droit positif. C'est une notion à contenu variable irréductible à l'objet et à la finalité de la personne morale : elle exprime le lien entre l'objet et la finalité, entre l'élément objectif et l'élément subjectif de la personnalité morale. L'intérêt est apparu ensuite comme l'intérêt propre de la personne morale. Il est distinct de l'intérêt de ses membres, lorsqu'il en existe. Il est également distinct de l'intérêt de ses organes. Ces développements permettent de formuler une réponse partielle à la question de la possibilité d'une théorie cohérente de la personnalité morale. L'existence d'une notion

841 Civ., 28 janvier 1954, D. 1954.217, note A. LEVASSEUR ; JCP. 1954, II, 7978, conclusions LEMOINE.

842 Lorsqu'il en existe.

843 Voir en matière de société : COB, Rapport au Président de la République, 1993, p. 58.

Un intérêt spécifique

juridique de l'intérêt de la personne morale nous autorise à poursuivre notre recherche. En effet, la reconnaissance d'un intérêt propre de la personne morale est le premier élément, et peut-être le plus contesté, d'une théorie juridique de la personnalité morale.

356-3. Les questions abordées jusqu'ici mettaient en cause l'intérêt de la personne morale dans ses rapports avec ses membres et avec ses dirigeants. L'existence de la personnalité morale implique, en outre, des relations avec les tiers. Ceux-ci ne peuvent être totalement indifférents à l'existence d'une personne morale. La diversité des situations dans lesquelles l'intérêt des tiers est également en jeu rend nécessaire l'étude des rapports de la personne morale et des tiers, pour déterminer la frontière de ce qui est interne et de ce qui est externe à la personne morale. Après l'étude de l'existence de l'intérêt de la personne morale, il faut préciser sa nature.

Titre II L'intérêt de la personne morale, intérêt immanent aux intérêts individuels

287 **Transcendance et immanence dans le droit de la personnalité morale.** Les tenants de la transcendance et ceux de l'immanence s'opposent dans tous les domaines de la pensée humaine. Le droit, comme la philosophie, n'échappe pas à ce débat⁸⁴⁴. Malheureusement, les échanges doctrinaux qui mettent en cause ces notions n'utilisent pas toujours expressément les termes d'immanence et de transcendance. Cela rend plus difficile l'identification des arguments et leur classification. La notion de transcendance est la plus souvent utilisée mais cela ne signifie pas qu'elle soit la mieux connue. Au contraire, elle est souvent utilisée dans un sens courant peu précis et par conséquent peu opératoire.

288 Un débat comparable mais bien plus ancien a divisé les penseurs politiques depuis l'Antiquité grecque⁸⁴⁵ : l'intérêt public transcendant de Platon s'opposait à l'intérêt commun immanent d'Aristote. L'intérêt général émane-t-il des intérêts particuliers ou bien est-il d'une autre nature⁸⁴⁶ ? C'est toute la subtilité de l'idéologie de l'intérêt général que d'avoir su opérer une conciliation entre l'intérêt commun immanent et l'intérêt public transcendant dans un même discours. Sur le terrain juridique, il faut opter pour une solution moins subtile et plus opérationnelle. La notion d'immanence n'est pas une pure vue de l'esprit. Il existe des traductions techniques de la notion dans le droit positif. Cet aspect sera développé plus loin mais il est certainement intéressant de relever dès maintenant la proximité qui existe entre immanence et opposabilité. L'une comme l'autre notion impliquent l'existence d'une substance dont on étend le champ d'efficacité. Un acte opposable aux tiers s'impose à eux. De la même manière, l'intérêt de la personne morale immanent aux intérêts individuels s'impose aux tiers. Ce n'est pas seulement l'intérêt de la personne morale qui devient opposable mais un certain nombre d'éléments internes dont il est la résultante.

289 La notion d'immanence semble *a priori* rendre compte avec plus de justesse de la nature de l'intérêt de la personne morale. Cet *a*

844 Sur le problème philosophique : L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. VINEY, Bibl. dr. priv. n° 278, LGDJ 1997, n° 9 ; Fr. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, collection Politique comparée, Economica 1986, p. 13 sqq.

845 Sur les termes de ce débat : Fr. RANGEON, *op. cit.*, p. 41.

846 On peut remarquer que la conception de la transcendance de Platon n'exclut pas toute référence à l'intérêt commun des citoyens. Voir Fr. RANGEON, *op. cit.*, p. 43 sqq.

Un intérêt immanent

priori doit être conforté par une étude critique de la transcendance (chapitre I). Une fois la notion de transcendance écartée du débat il faudra démontrer comment la notion d'immanence se manifeste en droit positif (chapitre II).

Chapitre I Critique de l'intérêt transcendant

290 **Définition de la transcendance.** Dans le langage courant la transcendance désigne ce qui est au-dessus du niveau moyen⁸⁴⁷. La langue philosophique n'ignore pas le sens courant de la transcendance⁸⁴⁸, mais l'enrichit de nombreuses nuances. Dans la doctrine théologique, la transcendance désigne l'idée selon laquelle Dieu n'est pas dans le monde comme un principe vital animant un être vivant, mais est à l'égard des créatures, selon les expressions de Leibniz, « ce qu'un inventeur est à sa machine, ce qu'un prince est à ses sujets et même ce qu'un père est à ses enfants »⁸⁴⁹. Dans le vocabulaire de la phénoménologie, la transcendance désigne le « mouvement de la conscience qui vise l'objet »⁸⁵⁰. Aucun de ces deux sens ne peut s'appliquer à la notion d'intérêt de la personne morale. Un troisième sens semble au contraire pouvoir être retenu. Si en général la transcendance est le caractère de ce qui est transcendant c'est-à-dire de ce qui « s'élève au-delà d'un niveau ou d'une limite donnée »⁸⁵¹, de manière plus spécifique est transcendant « ce qui ne résulte pas du jeu naturel d'une certaine classe d'êtres ou d'actions, mais ce qui suppose l'intervention d'un principe extérieur et supérieur à celle-ci »⁸⁵². A la supériorité du transcendant, il faut adjoindre la différence de nature : Dieu est transcendant à la nature et à l'Homme non seulement par ce qu'il leur est supérieur mais surtout parce qu'il leur est extérieur et qu'il est d'une nature différente.

291 **Application à la notion d'intérêt.** Que signifie *transcendance* appliquée à l'intérêt ? Dire que l'intérêt de la personne morale est transcendant à celui de ses membres ou à celui de ses fondateurs implique qu'il est conçu non seulement comme distinct mais aussi comme d'une autre nature. L'intérêt de la personne morale est transcendant lorsqu'il s'impose aux autres intérêts par une force et une autorité qui les dépassent : il est extérieur et par nature supérieur. La doctrine n'a pas toujours perçu le sens exact de la notion de transcendance appliquée à l'intérêt. Elle a parfois utilisé des formules équivalentes sans employer le mot. Elle a d'autres fois utilisé le mot de manière peu appropriée. Ainsi quand Monsieur Martin

847 Le petit Robert, V° *Transcendant*. Voir également : Trésor de la langue Française, V° *Transcendant*.

848 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, V° *Transcendant*, sens B, 16^{ème} éd., PUF 1988.

849 A. LALANDE, *ibid.* Cette conception de la transcendance ne s'oppose pas à immanence qui est l'antonyme ordinaire de transcendance.

850 *Ibid.*

851 *Ibid.*, V° *Transcendant*.

852 *Ibid.*

affirme que l'intérêt des personnes morales à but non lucratif est « extérieur au groupe qui le supporte »⁸⁵³, c'est une conception transcendante de l'intérêt qu'il expose. Il y a parfois erreur sur le sens du terme transcendance. Certains auteurs l'emploient pour signifier qu'un intérêt est supérieur à un autre⁸⁵⁴. D'autres auteurs considèrent que l'intérêt ne peut être que transcendant aux intérêts individuels dès lors que l'intérêt de la personne morale n'est pas une addition d'intérêts individuels⁸⁵⁵. Cette déduction n'est cependant pas juste : un intérêt peut être supérieur à d'autres sans être pour autant transcendant.

292 L'étude de la notion de transcendance est un préalable à toute affirmation relative à la nature de l'intérêt de la personne morale. Il est impossible cependant de négliger l'opinion doctrinale selon laquelle l'intérêt de la personne morale est un intérêt transcendant aux intérêts individuels⁸⁵⁶. Cette étude ne peut être que critique dès lors que l'on adopte une méthodologie de type positiviste. En effet, la transcendance ne rend pas compte du droit positif. Cela se manifeste à deux occasions. La première preuve du manque de justesse de la notion de transcendance pour rendre compte de l'intérêt de la personne morale apparaît lors de l'étude des composantes du prétendu intérêt transcendant. Les intérêts dont on prétend faire des éléments de l'intérêt de la personne morale ne sont en réalité, au regard du droit positif, que des intérêts externes (section I). La seconde preuve apparaîtra sur le terrain de la théorie du droit lorsque l'on constatera que les théories qui recourent à la notion d'intérêt transcendant ne sont guère convaincantes (section II).

Section I Critique de l'intérêt transcendant en droit positif

293 Les tenants de la théorie de la transcendance intègrent dans l'intérêt de la personne morale des intérêts autres que ceux des membres. La personne morale puiserait son être et sa force en dehors du cercle de ses membres. La situation des salariés et des créanciers en particulier a été très discutée. Est-il juste d'intégrer leur intérêt à

853 R. MARTIN, *Personne et sujet de droit*, RTDCiv. 1981.785, n° 21.

854 En ce sens semble-t-il : J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse dactyl., Bordeaux IV 1998, n° 412. L'exemple est intéressant dans la mesure où le propos de cet auteur est très convaincant.

855 En ce sens : B. SOINNE, *Le bateau ivre*, PA. 16 mai 1997, p. 4.

856 La transcendance est une notion purement doctrinale. La notion de transcendance s'exprime particulièrement nettement en droit canonique : l'Eglise et le Siège Apostolique sont des personnes morales de par l'ordre divin ; le droit canonique impose par ailleurs que les autres personnes morales se constituent pour une fin en accord avec la mission de l'Eglise et dépasse l'intérêt des individus. Voir A. SÉRIAUX, *Droit canonique*, Collection droit fondamental, PUF 1996, n° 25.

celui de l'organisation personnifiée ? En d'autres termes : l'intérêt de la personne morale doit-il intégrer celui de personnes autres que ses membrdes et apparaître ainsi comme un intérêt transcendant. C'est ce qu'il s'agit de vérifier dans un premier temps (§ 1) ? Parmi eux, il est une personne qui se distingue en ce qu'elle est porteuse d'un intérêt extraordinaire : il s'agit de l'Etat, défenseur de l'intérêt général dont la transcendance pourrait fonder celle de l'intérêt de la personne morale (§ 2).

§ 1 Intérêt de la personne morale et intérêts des tiers

294 La détermination des tiers qui prétendent à la prise en compte de leur intérêt est aisée en principe. Il existe cependant un certain nombre de situations intermédiaires entre ce qui est purement interne à la personne morale et ce qui lui est purement externe⁸⁵⁷. Cela n'est pas sans rappeler le débat qui existe en droit des obligations autour de la notion de partie⁸⁵⁸. La distinction est cependant plus nette en matière de personnalité morale. Cette meilleure visibilité permet d'envisager simultanément la détermination des tiers et la distinction des intérêts.

295 L'ensemble des personnes extérieures à la personne morale est très étendu. Le titre auquel elles entretiennent des relations juridiques avec la personne morale est variable. Il s'agit le plus souvent d'un contrat et notamment d'un contrat de travail pour les salariés ou d'un contrat d'emprunt pour les obligataires. Le fait que des intérêts soient liés à la prospérité de la personne morale ne permet pas cependant de les intégrer à l'intérêt de la personne morale. L'intérêt de la personne morale n'est pas nécessairement déterminé en fonction des personnes dont le sort est lié à celui de l'organisation. Il n'est pas transcendant. Traditionnellement ces personnes sont qualifiées de tiers (I) ; mais avant de les rejeter hors de la sphère de la personne morale, il faudra examiner la pertinence d'une autre qualification : celle de participants (II).

I Les tiers

296 **La problématique de l'entreprise.** Parmi les tiers, les salariés et les créanciers ont vu leur statut particulièrement discuté.

857 Voir A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. de Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 158, LGDJ 1978, n° 263 sqq.

858 Sur ce point voir : J. GHESTIN, *La distinction des parties et des tiers au contrat*, JCP. 1992, I, 3628 ; J.-L. AUBERT, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, RTDCiv. 1993.263 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*, RTDCiv. 1994.275 ; J. GHESTIN, *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, RTDCiv. 1994.777.

C'est dans le cadre de la théorie de l'entreprise que le débat s'est développé⁸⁵⁹. L'entreprise est très accueillante. Son domaine dépasse celui de la société pour s'étendre à toutes les activités économiques. Elle comprendrait des individus aussi différents que les associés d'une société⁸⁶⁰, les créanciers de celle-ci ainsi que ses salariés⁸⁶¹. Si, en l'absence de mode propre de protection de l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise et si l'entreprise inclut les créanciers et les salariés, on pourrait affirmer que l'intérêt social est transcendant. L'analyse successive de la situation des créanciers (A) et des salariés (B) conduit à un constat identique : ils ne disposent pas des voies de droit accordées pour la protection des intérêts internes ce qui exclut toute idée de transcendance de l'intérêt de la personne morale.

297 L'abus de biens sociaux servira à nouveau de révélateur de l'intérêt social qui permet d'identifier les intérêts protégés⁸⁶². On peut relever comme premier élément de comparaison que le délit d'abus de biens sociaux protège les intérêts de la société et des associés. D'une part, l'action civile de la société est recevable car il est possible d'établir l'existence d'un préjudice direct, personnel à la société⁸⁶³. D'autre part, l'action civile des associés est également recevable en principe⁸⁶⁴. La Cour de cassation a cependant jugé récemment que la dévalorisation du capital social découlant du délit d'abus de pouvoirs commis par un dirigeant de société, constitue non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même⁸⁶⁵. Cette décision a été interprétée comme un revirement de jurisprudence qui ferme l'action civile aux associés. L'affirmation est

859 Sur l'environnement de l'entreprise : Fr. CHALLEIL, *L'entreprise et les notions de sujet de droit et de patrimoine. Etude de Droits Français, Anglais et Allemand*, thèse dactyl., Montpellier 1974, p. 89 sqq.

860 Si le domaine de l'entreprise dépasse celui de la société rien n'interdit de prendre l'entreprise sociale comme modèle.

861 La qualité de membre de l'entreprise des salariés est discutable : voir ci-dessus, n° 221.

862 Voir D. REBUT, *Répertoire pénal, V^{is} Abus de biens sociaux*, n° 185 sqq., spéc. n° 200 ; A. DEKEUWER, *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, JCP. E 1995, I, 500.

863 Crim., 16 février 1999, JCP. E 1999, p. 1633, note J.-H. ROBERT ; B. Joly 1999, § 143, note D. OHL ; RS. 1999.646, note B. BOULOC ; RTDCom. 1999.998, note B. BOULOC.

864 Crim., 6 février 1970, RS. 1971.25, note B. BOULOC ; Crim., 4 novembre 1969, B. Joly 1970, § 60. La Cour de cassation a admis la recevabilité de l'action d'un associé minoritaire de la société mère de la société victime : Crim., 6 février 1996, B. Crim., n° 60 ; JCP. E 1996, II, 837, note J.-F. RENUCCI, O. MEYER ; B. Joly 1996, § 144, note J.-F. BARBIÉRI ; Crim., 13 décembre 2000, B. Joly 2001, § 96, note J.-F. BARBIÉRI.

865 Crim., 13 décembre 2000, D. 2001, AJ. 926, note M. BOIZARD ; RS. 2001.399, note B. BOULOC ; BRDA. 5/01, p. 4.

cependant trop générale ; si la perte de valeur est en principe un préjudice social, car subi en de la même façon par tous les actionnaires, la perte de valeur qui résulte de la dilution de la participation, c'est-à-dire de la perte de la prime de contrôle, reste un préjudice personnel. on peut relever que le même jour la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'action civile au second degré, d'un associé contre les dirigeants d'une filiale de la société dont il détenait des titres, ce qui reste très libérale⁸⁶⁶. Tout au plus peut-on penser que la Cour de cassation entend être plus stricte dans l'appréciation du préjudice de l'associé.

A) Les créanciers

298 Les créanciers et la problématique de l'entreprise. Qui sont les créanciers ? La situation des cocontractants occasionnels n'est pas discutée : ils se trouvent dans la même situation que les créanciers d'une personne physique qui n'a aucune activité économique. Ils ont uniquement un droit de créance qu'ils feront valoir selon les voies de droit ordinaires. Seuls peuvent en définitive émettre une prétention particulière les cocontractants qui sont engagés dans des relations à long terme avec l'entreprise. Il s'agit surtout des prêteurs, notamment les banques, des fournisseurs, surtout en présence d'un réseau de distribution, et des consommateurs. Les créanciers peuvent-ils prétendre se placer sous la protection du droit des sociétés en soutenant que leurs intérêts déterminent dans une certaine mesure l'intérêt de l'entreprise ? La question n'est pas nouvelle. Elle intéressait déjà Berle et Means dans les années trente⁸⁶⁷. La théorie moderne de l'entreprise soutient que la réponse doit être positive⁸⁶⁸. Cette assertion doit cependant être soumise au test du droit positif.

299 Les créanciers et les solutions du droit positif. Les créanciers peuvent agir pour la protection de leurs intérêts personnels selon les modes ordinaires de réalisation des droits : droit de gage général, action oblique, action paulienne etc. Peuvent-ils également recourir aux modes de protection des intérêts internes ? Une réponse positive à la question qui vient d'être formulée impliquerait que

⁸⁶⁶ Crim., 13 décembre 2000, B. Joly 2001, § 96, note J.-F. BARBIÉRI ; JCP. 2001, II, 339, n° 5, obs. J.-H. ROBERT. La veille la Cour de cassation avait encore admis la recevabilité de l'action civile de l'associé : Crim., 12 décembre 2000, B. Joly 2001, § 131, note J.-F. BARBIÉRI ; JCP. 2001, II, 339, n° 5, obs. J.-H. ROBERT ; RS. 2001.323, note A. CONSTANTIN.

⁸⁶⁷ A. A. BERLE, G. C. MEANS, *The modern corporation and private property*, The McMillan Company, New York 1934, p. 123 sq.

⁸⁶⁸ Voir R. CONTIN, *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968, Chr. 45.

l'action civile des créanciers fondée sur un abus de biens sociaux soit recevable.

300 La réponse de la jurisprudence est négative. La Cour de cassation a censuré à plusieurs reprises des arrêts qui avaient accueilli les actions de créanciers. La chambre criminelle a cassé le 27 juin 1995 la décision d'une Chambre d'accusation qui avait déclaré recevable la constitution de partie civile des héritiers d'un créancier alors que le délit d'abus de biens sociaux ne cause de préjudice direct qu'à la société et à ses actionnaires ; le préjudice éventuel des créanciers ne serait qu'indirect⁸⁶⁹. La solution vaut pour toutes les catégories de créanciers : le franchiseur⁸⁷⁰, la caution⁸⁷¹... Il est impossible d'affirmer que l'intérêt social protégé par le délit d'abus de biens sociaux est l'intérêt de l'entreprise et inclut la défense des intérêts des créanciers. Pourtant la jurisprudence a affirmé que le délit d'abus de biens sociaux protégeait non seulement les intérêts de la société et des associés mais aussi ceux des tiers qui contractent avec la personne morale. C'est par ce motif qu'elle a refusé de reconnaître l'efficacité de la ratification des actes délictueux par les associés⁸⁷². Cela a conduit certains auteurs à conclure que l'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise⁸⁷³. En réalité, les créanciers de la société ne sont pas protégés individuellement. Ils bénéficient d'une incrimination adoptée dans l'intérêt général et plus spécialement dans l'intérêt du crédit. On ne peut reconnaître aux créanciers un droit individuel à agir sur ce terrain puisqu'ils ne subissent aucun préjudice personnel direct. Ce constat peut être renouvelé en dehors du droit pénal des affaires lorsque l'on s'interroge sur la recevabilité de l'action des créanciers en nomination d'un administrateur provisoire. A nouveau, la réponse est négative. La Cour de cassation a rejeté par un arrêt du 14 février 1989 le pourvoi dirigé contre une décision de Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable une telle demande au motif qu'il n'appartient pas à un créancier de demander la nomination d'un administrateur provisoire, ni de se faire juge de l'intérêt de la société et des associés⁸⁷⁴. Problème et solution sont les mêmes lorsque l'on examine le statut des salariés.

869 Crim., 27 juin 1995, B. Joly 1995, §375, note P. LE CANNU.

870 Crim., 9 novembre 1992, RS. 1993.433, note B. BOULOC ; B. Joly 1993, § 83.

871 Crim., 25 novembre 1975, RS. 1975.655, note B. BOULOC ; JCP. 1976, II, 18476, note M. DELMAS-MARTY.

872 Crim., 30 septembre 1991, B. Joly 1992, § 40, note D. BARADERIE ; RS. 1992.356, note B. BOULOC.

873 En ce sens, notamment : R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préf. R. PERCEROU, avant-propos Cl. CHAMPAUD, Bibl. dr. de l'entreprise, Librairie technique 1975, n° 549 sqq.

874 Com., 14 février 1989, BC., IV, n° 66 ; RS. 1989.633, note D. RANDOUX.

B) Les salariés

301 Les salariés et la problématique de l'entreprise. Le problème se pose dans les mêmes termes pour les salariés que pour les créanciers : peuvent-ils mettre en œuvre les modes de protection de l'intérêt social afin de protéger leurs intérêts ? La protection des salariés peut emprunter deux voies différentes : soit la reconnaissance de droits spécifiques, soit l'organisation de l'entreprise par le droit des sociétés⁸⁷⁵. Dans cette dernière hypothèse, l'intérêt de l'entreprise, qui inclut celui des salariés, est traduit juridiquement par la notion d'intérêt social. Les dirigeants sont tenus de gérer l'entreprise sociale dans des intérêts qui ne sont pas seulement ceux des apporteurs de capitaux mais aussi ceux des salariés⁸⁷⁶. Cette analyse s'oppose à la conception libérale des devoirs des dirigeants de société. Elle est directement contredite par Berle et Means, qui soutenaient que les dirigeants ne devaient pas maintenir des salaires trop élevés⁸⁷⁷. La doctrine de l'entreprise est une tentative de trouver une troisième voie entre le capitalisme américain et le socialisme d'état⁸⁷⁸. Le retour actuel de l'actionnaire sur le devant de la scène juridique contredit les assertions fondamentales de cette thèse. Il a parfois été interprété comme une éviction des salariés⁸⁷⁹. Le droit positif permet-il de prendre parti ?

302 Les salariés et les solutions du droit positif. S'il existe une solidarité élémentaire entre salariés et employeurs, en ce que tous ont intérêt à la prospérité de l'affaire, il est manifeste que juridiquement la cause de leur participation à l'activité est différente⁸⁸⁰. Les apporteurs de capitaux recherchent la meilleure rentabilité de leurs mises alors que les salariés souhaitent la conservation de leur emploi et le gain de salaires suffisants⁸⁸¹. Au-delà

875 Voir J. PAILLUSSEAU, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, D. 1999, Chr. 157, n° 33 sqq.

876 En ce sens : R. CONTIN, thèse précitée, n° 21.

877 A. A. BERLE, G. C. MEANS, *The modern corporation and private property*, The Mc Millian Company, New York 1934, p. 123 sq. Les versements à des salariés faits *ex gratia*, notamment à l'occasion de licenciements, par les dirigeants étaient même considérés comme *ultra vires* et nuls : D. MILMAN, *From servant to stakeholder : protecting the employee interest in company law*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, ed. by D. FELDMAN and F. MEISEL, Lloyd's of London press 1996, p. 147.

878 En ce sens : A. PIROVANO, *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, Chr. 189. Il s'agit d'une théorie qui a pris naissance en temps de guerre froide.

879 En ce sens : R. VATINET, *Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés : vers une « contre réforme » de l'entreprise ?*, D. Soc. 1997.608.

880 En ce sens : N. CATALA, *L'entreprise*, in *Droit du travail*, sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, t. IV, Dalloz 1980, n° 134.

881 Ibid.

de cette remarque d'ordre général, il convient de reprendre l'étude de la recevabilité de l'action civile du chef d'abus de biens sociaux⁸⁸² : est-elle recevable lorsqu'elle est introduite par des salariés de la société victime ?

303 La jurisprudence ne connaît que rarement d'actions directement introduites par des salariés. Sans doute craignent-ils des représailles des dirigeants mis en cause. Lorsqu'il se trouve un salarié assez diligent et valeureux pour agir, son action est cependant déclarée irrecevable⁸⁸³. Ce sont les syndicats et les comités d'entreprise qui en pratique prennent la défense des salariés. Ces tentatives sont vouées à l'échec. Un comité d'entreprise ne peut se plaindre d'une hypothétique diminution de la subvention de fonctionnement car le délit d'abus de pouvoir et de voix ne peut causer de préjudice qu'à la société elle-même⁸⁸⁴. L'action du comité d'entreprise a été déclarée irrecevable alors même que les détournements avaient provoqué la cessation d'activité et en conséquence la disparition du comité⁸⁸⁵. Le sort des actions des syndicats n'est pas meilleur. Selon la jurisprudence leur préjudice, le préjudice de la profession, est indirect comme le serait celui des salariés⁸⁸⁶. Il en est de même du syndicat qui invoquait l'existence d'un accord de participation aux résultats et les licenciements collectifs rendus nécessaires pour redresser l'entreprise : le préjudice du syndicat reste indirect, comme celui des salariés⁸⁸⁷. Il est permis d'affirmer que la constitution de partie civile des salariés serait également irrecevable, ce qui interdit de faire de leur intérêt un élément de l'intérêt social entendu comme intérêt de l'entreprise.

882 Voir A. DEKEUWER, *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, JCP. E 1995, I, 500.

883 Crim., 7 mars 2000, B. Joly 2000, §169, note P. SCHOLER.

884 Crim., 7 juin 1983, B. Crim., n° 172 ; RS. 1984.119, note B. BOULOC. On remarquera l'absence de référence au préjudice des associés.

885 Crim., 4 novembre 1988, B. Joly 1989, § 59, note critique M. JEANTIN. Inversement, l'action du chef d'entreprise dans une procédure dirigée contre le secrétaire d'un comité d'entreprise pour des détournements de fonds est irrecevable : Crim., 23 novembre 1992, B. Crim., n° 383.

886 Crim., 27 novembre 1991, B. Crim., n° 439 ; B. Joly 1992, § 128, note Y. STREIFF ; Dr. Soc. 1992, Comm. 143, note H. LE NABASQUE ; Crim., 27 octobre 1999, RS 2000.364, note B. BOULOC ; Crim., 29 novembre 2000, B. Joly 2001, § 101, note J.-D. BELOT et E. DEZEUZE ; RS. 2001.380, note B. BOULOC (irrecevabilité de l'action d'un syndicat, recevabilité implicite de l'action de la société et de l'actionnaire).

887 Crim., 11 mai 1999, B. Joly 1999, § 234, note J.-F. BARBIÉRI ; TPS. 1999, Comm. 276, note B. TEYSSIÉ ; RJDA. 11/99, n° 1224. Voir également : Paris, 23 mars 1999, JCP. E 1999, p. 1657.

304 Il est impossible de conclure sans traiter de l'affaire Fruehauf⁸⁸⁸. La Cour d'appel de Paris par un arrêt du 22 mai 1965 a fait droit à la demande en nomination d'un administrateur provisoire formée par les minoritaires de la société Fruehauf France. L'origine du litige se trouvait dans l'injonction de la société mère américaine de ne pas exécuter un contrat destiné à fournir en véhicules utilitaires la République populaire de Chine. La société fonctionnait normalement mais si elle obéissait à sa mère elle se mettait en difficulté. Son équilibre financier et son crédit moral étaient menacés ainsi que près de six cents emplois. Pour motiver sa décision la Cour d'appel affirme que le juge doit s'inspirer des intérêts sociaux plutôt que de ceux de certains associés, fussent-ils majoritaires. Il s'agit en définitive d'une application, peu orthodoxe il est vrai, de l'abus de majorité⁸⁸⁹. Seule la référence au risque de licenciements et les conclusions de l'avocat général Nepveu introduisent le doute. On pourrait même affirmer que l'arrêt Fruehauf ne présente d'intérêt qu'à la lumière des conclusions de son avocat général⁸⁹⁰. Elles seules font allusion à la notion d'intérêt de l'entreprise et exposent que les dirigeants doivent gérer la société dans un but autre que celui des apporteurs de capitaux. Il est difficile de déterminer dans quelle mesure l'« humanisme sociologique » invoqué par son avocat général a influencé la Cour d'appel. La décision était politique selon Monsieur Miaille⁸⁹¹. L'inexistence de l'entreprise en système capitaliste n'a rien de surprenant selon cet auteur : seuls les apporteurs de capitaux ont des droits dans la société⁸⁹². Ici, la théorie marxiste rejoint paradoxalement la doctrine néo-libérale contemporaine. La théorie de l'entreprise péchait par idéalisme selon Monsieur Miaille lorsqu'il pensait qu'une organisation équilibrée des droits du travail et du capital permettrait de faire apparaître l'entreprise en droit positif⁸⁹³. Paradoxalement, l'arrêt Fruehauf conduit à une valorisation du capital dans la mesure où la décision permet la poursuite de l'exploitation du capital⁸⁹⁴. Il est aisé, en définitive, d'apprécier l'influence de l'arrêt Fruehauf, même

888 Paris, 22 mai 1965, JCP. 1965, II, 14274 bis, conclusions NEPVEU ; RS. 1965.288, même conclusions ; GP. 1965.2.86 ; RTDCom. 1965.619, obs. R. RODIÈRE ; *Grands arrêts du droit des affaires*, sous la direction de J. MESTRE, E. PUTMAN, D. VIDAL, obs. S. FARNOCCHIA, Dalloz 1995, n° 44 ; D. 1968.147, note R. ² ; R. CONTIN, article précitée.

889 Sur l'abus de majorité : voir ci-dessus, n° 240 sqq.

890 En ce sens : R. RODIÈRE, obs. sur Paris, 22 mai 1965, RTDCom. 1965.619.

891 M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, collection Fondations, Maspéro 1982, p. 166.

892 En ce sens : M. MIAILLE, op. cit., p. 167.

893 M. MIAILLE, op. cit., p. 169.

894 En ce sens : M. MIAILLE, op. cit., p. 170.

interprété à la lumière des conclusions Nepveu, sur l'évolution du droit des sociétés. Elle est nulle : il n'y a pas de jurisprudence Fruehauf⁸⁹⁵ : l'arrêt est resté sans lendemain⁸⁹⁶. La société n'est pas cette entreprise citoyenne dont il est question dans certains discours politiques ou journalistiques. La pratique fait au contraire apparaître, avec une netteté parfois cruelle, les limites de ces théories⁸⁹⁷.

305 Intérêt social et intérêt de l'entreprise : les sociétés et les autres personnes morales. Avant tout, il convient de dresser le bilan en droit des sociétés. Dans un second temps, il faudra envisager la généralisation des solutions dégagées. Que dire aujourd'hui de l'intérêt de l'entreprise en droit des sociétés ? Les créanciers et les salariés restent hors du cercle des personnes protégées par les mécanismes du droit des sociétés⁸⁹⁸. Les développements qui précèdent indiquent assez clairement à quel point l'organisation de la société est indifférente aux intérêts des salariés et des créanciers. Quelle est alors la pertinence d'une théorie de l'entreprise puisqu'il n'existe pas de modes spécifiques de protection de l'intérêt de l'entreprise mais uniquement des mécanismes de protection catégorielle ? La théorie de l'entreprise perd son champ d'application essentiel : le droit des sociétés. Au terme de ces analyses, il apparaît clairement que l'intérêt social n'est pas la traduction juridique de l'intérêt de l'entreprise entendu comme la coordination des intérêts catégoriels liés à une activité économique. Il n'est pas un intérêt transcendant issu d'une synthèse d'intérêts distincts. L'intérêt de l'entreprise apparaît à nouveau particulier : sa structure différente semble commander des modes de réalisation différents⁸⁹⁹.

895 En ce sens : G. SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse dactyl., Lyon III 1974, n° 288 ; l'auteur soutient cependant qu'il existe un intérêt propre de l'entreprise qui n'est pas le résultat des divers intérêts en jeu : op. cit., n° 254 sqq.

896 Voir Com., 21 janvier 1970, affaire Saupiquet-Cassegrain, BC., IV, n° 28 ; JCP. 1970, II, 16541, note B. OPPETIT, qui contredit directement l'arrêt Fruehauf à propos d'une cession de contrôle.

897 Sur l'entreprise citoyenne : A. COURET, *Brèves réflexions d'un juriste français sur l'affaire Renault Vilvorde : au-delà du discours sur l'entreprise citoyenne*, in *Liber amicorum - Commission Droit et Vie des Affaires. 40^{ème} Anniversaire (1957-1997)*, Bruylant, Bruxelles 1998, p. 645.

898 Voir R. VATINET, *Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés : vers une « contre réforme » de l'entreprise ?*, D. Soc. 1997.608, spéc. p. 610, où l'auteur avoue ne pas comprendre la critique de l'intérêt social contenue dans le rapport du sénateur Marini dans la mesure où l'on peut se demander si « l'intérêt social tel que l'appréhende la jurisprudence [est] réellement autre chose que l'intérêt des actionnaires ».

899 Il n'est pas évident qu'une réforme de l'entreprise qui aboutirait à lui reconnaître la personnalité morale aurait une grande portée pratique du point de vue des relations sociales dans l'entreprise tant que la propriété des moyens de production ne fait pas l'objet d'une nouvelle allocation. Voir J.-P. VERSCHAVE, *Essai*

306 Cette conclusion doit-elle être limitée au droit des sociétés ou peut-on l'étendre à l'ensemble des personnes morales de droit privé ? Les intérêts des salariés et des créanciers ne bénéficient pas d'une protection identique à celle des intérêts internes dans les autres personnes morales. Ainsi a-t-il été jugé que dans une association la participation de salariés ou de bénévoles à l'assemblée générale est une cause de nullité de l'assemblée⁹⁰⁰. Cette décision se situe directement dans la ligne de celles que l'on a citées plus haut en matière de société, dans la mesure où, du point de vue économique, il s'agissait d'une entreprise car l'association exploitait une radio libre. Pas plus dans les associations que dans les sociétés l'intérêt de la personne morale n'est la traduction de l'intérêt de l'entreprise entendu comme la résultante des intérêts catégoriels. Il n'est pas transcendant. Cette solution semble opportune en définitive et mérite d'être étendue à toutes les personnes morales. L'utilisation des mécanismes de protection des intérêts internes aux fins de protection des tiers ne peut aller sans risque. Le danger est de voir les dirigeants invoquer des intérêts autres que ceux qu'ils sont traditionnellement chargés de défendre. Ils chercheront de cette manière à justifier des atteintes aux intérêts internes et notamment à ceux des membres⁹⁰¹. Cette critique ne doit pas conduire au rejet de toute idée de protection des intérêts des tiers ; ils devront seulement se placer sur un terrain différent de ceux avec lesquels ils entrent en balance. Elle signifie seulement que leur intérêt n'est pas intégré dans celui de la personne morale : il n'y a aucune transcendance.

307 Avant d'exclure les créanciers et les salariés, il convient cependant de vérifier s'ils ne constituent pas une catégorie intermédiaire entre les membres et les tiers celle des participants.

II Les participants

308 La notion de participant est encore peu connue du droit français. On pourrait être tenté d'y recourir pour donner une forme nouvelle à la théorie de l'entreprise : les dirigeants de personne morale, particulièrement ceux de sociétés⁹⁰², auraient des devoirs non seulement à l'égard des membres, mais aussi à l'égard des salariés, des créanciers et de la collectivité. Pour se prononcer sur la

sur le principe de l'unité du patrimoine, thèse dactyl., Lille II 1984, n° 395.

900 Poitiers, 15 mai 1985, RS. 1986.457, obs. Y. GUYON ; B. Joly 1986, § 174. Voir également Paris, 17 mai 2000, RS. 2000.583, obs. Y. GUYON, le salarié d'une association qui ne prouve pas qu'il est membre de celle-ci, n'a pas qualité pour présenter une demande en nomination d'un administrateur provisoire.

901 Lorsqu'il en existe.

902 Et plus précisément encore les dirigeants de société anonyme.

pertinence d'introduire une nouvelle catégorie dans le droit français de la personnalité morale il convient de définir la notion (A) avant de déterminer les individus appelés à bénéficier de ce nouveau statut (B).

A) La notion de participant

309 **Terminologie.** La notion de participant n'est pas d'origine légale⁹⁰³. Le terme ne s'imposait pas de lui-même⁹⁰⁴. Il sera retenu car il est déjà présent en doctrine. Monsieur Viandier l'a utilisé dans sa thèse pour désigner « tout sujet de droit ne pouvant être qualifié de tiers ou d'associé d'une société donnée »⁹⁰⁵. Les auteurs anglo-américains utilisent *Stakeholder*, ce qui exprime l'idée de détenir (*hold*) une mise (*stake*). Une partie de la doctrine américaine, puis anglaise, a développé la notion à l'occasion des débats relatifs à la *corporate governance*. Cette pratique vise à renforcer les droits des actionnaires (*shareholders*). Face à ces prétentions on a soutenu que la grande société (*corporation*) n'existe pas uniquement dans l'intérêt des actionnaires et que les dirigeants pouvaient avoir des devoirs envers les *stakeholders*⁹⁰⁶.

310 Peut-on tenter d'apporter une définition du participant ? S'il n'est pas un membre, ni un tiers, qui est-il donc ? Il s'agit d'une personne dotée de l'un des attributs du membre : apport ou participation à la vie du groupement⁹⁰⁷. Malgré la référence aux

903 Voir cependant l'article L. 225-261 du Code de commerce qui vise l'ouvrier « participant » dans la société anonyme à participation ouvrière.

904 Partenaire ou partie intéressée notamment auraient pu convenir. Sur le premier : J. CALLIER, *La protection des partenaires de la société anonyme*, thèse dactyl., Paris I 1992 ; sur le second : A. COURET, *L'apport de la théorie micro économique à l'analyse du droit des sociétés*, RS. 1984.423 ; du même auteur : *L'intérêt social*, CDE 1996, n° 4, *Actionnaires ou dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?*

905 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 156, LGDJ 1978, n° 263 sqq. Voir également H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le Droit d'Entreprise*, thèse dactyl., Rennes 1986, n° 508, position de thèse n° 7 et n° 283 sqq., qui soutenait que « la notion d'intérêt social - distinct de l'intérêt de la collectivité des associés et de l'intérêt de chacun au sein de la collectivité - a, juridiquement, un sens transitif : Elle renvoie, par son objet, à l'intérêt de l'entreprise organisée sous forme sociale et, par ses sujets, à la catégorie ouverte des "participants" ».

906 Voir *Stakeholder Capitalism*, G. KELLY, D. KELLY, A. GOMBLE (ed.), Mac Millian, PERC, St Martin's, Londres, New York, 1997, notamment : J. KAY, *The Stakeholder Corporation*, p. 125 ; J. PARKINSON, *Company Law and Stakeholder Governance*, p. 142. Voir également : *Perspectives on Company law : 2*, FIONA MAC MILLAN PATFIELD (ed.), Kluwer Law International, Londres 1997 ; notamment : E. W. ORTS, *A North American Perspectives on Stakeholder Management Theory*, p. 165. Le droit anglais est cependant moins avancé dans ce domaine que le droit américain : A. TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 4^{ème} éd., Collection études juridiques comparatives, Economica 1997, n° 108.

907 En ce sens : A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 156, LGDJ 1978, n° 263 sqq.

notions de membres et de groupement aucun argument n'autorise à penser que la notion n'aurait pas à jouer en matière de personne morale fondative. L'absence de membre ne permet pas d'écarter la question de l'existence de participants. Si personne ne présente tous les attributs du membre dans les fondations, il reste nécessaire de se demander si les individus qui ont fait un apport à l'organisation ou qui participent à son fonctionnement ne méritent pas un traitement différent des autres tiers.

311 La question qu'il s'agit de résoudre maintenant est de savoir s'il existe en droit français des statuts qui correspondent à cette définition ?

B) La détermination des participants

312 Les salariés⁹⁰⁸ et les créanciers⁹⁰⁹ sont les principaux bénéficiaires du mouvement développé aux Etats-Unis. Pourtant lorsqu'ils s'interrogent sur le cadre de cette protection⁹¹⁰, les auteurs concluent, le plus souvent, qu'aucune action spécifique n'existe en droit des sociétés afin de protéger les intérêts des *stakeholders*⁹¹¹ et que des réformes seraient souhaitables⁹¹². Il existe des textes qui autorisent les dirigeants à prendre en considération les intérêts des salariés mais leur efficacité semble mise en doute par les auteurs⁹¹³. Les dispositions américaines notamment n'ont vocation à jouer pratiquement qu'en cas de prise de contrôle ; elles risquent d'avoir

908 Voir D. MILMAN, *From servant to stakeholder : protecting the employee interest in company law*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, D. FELDMAN, F. MEISEL (ed.), Lloyd's of London Press 1996, p. 147.

909 Voir N. FURREY, *The protection of creditor's interests in company law*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, D. FELDMAN, F. MEISEL (ed.), Lloyd's of London Press 1996, p. 173.

910 Voir J. E. PARKINSON, *The contractual theory of the company and the protection of non-shareholder interests*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, D. FELDMAN, F. MEISEL (ed.), Lloyd's of London Press 1996, p. 121.

911 Voir notamment pour les créanciers : N. FURREY, in *Corporate and commercial law : modern developments*, D. FELDMAN, F. MEISEL (ed.), Lloyd's of London Press 1996, p. 173.

912 Voir notamment les contributions publiées in *Stakeholder Capitalism*, G. KELLY, D. KELLY, A. GOMBLE (ed.), Mac Millan, PERC, St Martin's, Londres, New York, 1997.

913 En ce sens : E. W. ORTS, *A North American Perspectives on Stakeholder Management Theory*, in *Perspectives on Company law : 2*, FIONA MAC MILLAN PATFIELD (ed.), Kluwer Law International, Londres 1997, p. 165. Voir également S. MAZE, *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit comparé (Français, anglais et nord-américain)*, thèse dactyl., Paris I 1987, p. 37 sqq., selon qui reconnaître que les dirigeants n'ont de droit qu'à l'égard des actionnaires ne leur interdit pas de prendre en compte d'autres intérêts.

pour effet de renforcer la position des dirigeants⁹¹⁴. Comment se manifeste en droit français l'existence des participants ?

313 **Les dirigeants.** Si les dirigeants de personne morale en sont souvent membres, il n'y a aucun lien nécessaire entre ces deux qualités. L'existence des fondations suffit à établir que l'existence de membres n'est pas de l'essence de la personnalité morale à la différence de l'existence de dirigeants. La notion de *stakeholder* peut être définie de plusieurs manières : si l'on peut en faire une catégorie plus large que celle de *shareholder* et qui la contient, on peut également distinguer *shareholders*, *stakeholders* et dirigeants (*Managers*). La première conception est celle qui rend le mieux compte de l'objectif de la doctrine de la *stakeholder company* : il ne s'agit pas d'évincer les actionnaires mais de leur donner des pairs. Les dirigeants ont un rôle particulier en ce qu'ils ne peuvent chercher directement leur intérêt mais ont toujours des devoirs à l'égard des actionnaires et éventuellement des autres participants. Malgré tout on peut leur reconnaître des intérêts dans la personne morale⁹¹⁵ : on ne peut les considérer comme des tiers. La qualité de participants semble pouvoir leur être reconnue sans difficulté. Leur statut de représentant des intérêts des autres participants atténue cependant la portée de cette reconnaissance dans la mesure où ils agiront le plus souvent pour le compte d'autrui. Le débat a essentiellement porté sur deux catégories de personnes : les salariés et les créanciers.

314 **Les salariés.** En droit positif, les salariés sont en principe des tiers à la personne morale⁹¹⁶. Il est cependant permis de se demander si certaines circonstances n'autorisent pas à nuancer cette assertion. L'étude est toujours de droit positif et l'on ne se hasarderait pas à faire des prédictions sur les participants de l'avenir qui pourraient être les salariés. L'introduction de représentants des salariés au sein des organes d'administration d'une société et l'actionnariat des salariés sont deux facteurs de perturbation de la conception orthodoxe de la distinction entre les tiers et les membres.

315 La participation des salariés aux organes d'une société anonyme peut revêtir deux formes. Il peut s'agir d'une présence en qualité d'observateurs avec voix consultative. C'est le régime des

914 En ce sens : E. W. ORTS, op. cit., p. 165, spéc. p. 178 ; V. MAGNIER, *Rapprochement des droits et viabilité d'un droit commun des sociétés*, préf. P. DIDIER, Bibl. dr. priv. n° 317, LGDJ 1999, n° 547 sqq.

915 Même s'ils sont distincts de ceux de la personne morale : voir ci-dessus, n° 326 sqq.

916 Voir ci-dessus, n° 371 sq.

représentants du comité d'entreprise au conseil d'administration⁹¹⁷. Il n'y a pas de réelle participation à la vie sociale dans la mesure où il s'agit plus d'une représentation du comité et indirectement des intérêts des salariés que d'une intégration au conseil. Les représentants du comité d'entreprise ne deviennent pas membres de l'organe de la société ; ils ne sont pas administrateurs. Plus intéressante est la situation où les représentants sont intégrés au conseil d'administration ou de surveillance. Cette possibilité a été prévue d'une part pour les sociétés privatisées en 1993⁹¹⁸ et d'autre part pour toutes les sociétés anonymes⁹¹⁹. La participation est obligatoire pour les sociétés privatisées en 1993⁹²⁰ et facultative pour les autres. Les représentants au conseil sont élus par les salariés et ont le statut d'administrateurs. Ils partagent avec les administrateurs nommés par les actionnaires les mêmes prérogatives et les mêmes devoirs, sous réserve de quelques aménagements⁹²¹. Ils encourent par conséquent les mêmes responsabilités, notamment en cas de procédure collective⁹²². Dans ce cas, qui reste d'école⁹²³, pourra-t-on leur reprocher d'avoir défendu les intérêts des salariés au sein des conseils ? Autrement dit, doivent-ils agir comme tout administrateur dans l'intérêt de la société et en définitive dans l'intérêt des actionnaires en tant que tels ou ont-ils un devoir envers les salariés qui les ont élus ? Leur responsabilité à l'égard de leurs électeurs est d'abord politique : les électeurs pourront ne pas réélire un administrateur qui n'a pas défendu leurs intérêts. Faut-il aller plus loin

917 Article L. 432-6 du Code du travail. Voir J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 20^{ème} éd., Dalloz 2000, n° 738 sq. Voir également l'information du comité d'entreprise en cas d'offre publique et les récentes modifications qui lui ont été apportées par la loi relative aux nouvelles régulations économiques : A. COURET, *Le régime des offres publiques issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, D. 2001, p. 1778, n° 44 sqq.

918 Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994. Voir J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, op. cit., n° 764 ; J. SAVATIER, *La représentation des salariés dans les organes de la société anonyme après la loi du 25 juillet 1994*, D. Soc. 1995.33.

919 Ordonnance 86-1135 du 21 octobre 1986, qui modifie la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales : articles L. 225-28 du Code de commerce ; J.-J. DAIGRE, *Les représentants au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes (ordo. n° 86-1135 du 21 octobre 1986)*, D. Soc. 1987.450 ; J. SAVATIER, *L'élection d'administrateurs salariés dans les sociétés anonymes*, D. Soc. 1989.641 ; J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, op. cit., n° 765.

920 La clause peut cependant être effacée des statuts après l'opération de privatisation.

921 L'article L. 225-30 du Code de commerce prévoit une incompatibilité avec toute autre fonction syndicale représentative du personnel, l'article 97-1 impose également que les administrateurs salariés soient minoritaires.

922 Article L. 624-3 du Code de commerce.

923 En ce sens : Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 7^{ème} éd. avec la collaboration d'A. FAUCHON, Dalloz 2000, n° 542.

et accorder une action aux salariés mécontents ? Cela est exclu en l'état actuel. La faute dans l'exercice du mandat est sanctionnée à la demande de la majorité des membres du conseil d'administration par décision du président du tribunal de grande instance⁹²⁴. Si salarié administrateur est un mandataire social⁹²⁵ comme les autres administrateurs, c'est qu'ils agissent tous pour le compte de la même personne : la société. Au contraire de l'action des salariés, l'action en responsabilité intentée par les actionnaires semble recevable. Il faut reconnaître, cependant, que la présence de salariés avec voix délibérative dans les conseils des sociétés anonymes peut avoir, en pratique, quelque influence sur les décisions prises. Elles seront pourtant très réduites car en dehors des sociétés privatisées la participation des salariés aux conseils est un échec⁹²⁶. La loi sur les nouvelles régulations économiques prévoit enfin une représentation des salariés aux assemblées générales et le droit de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolutions⁹²⁷. Ces représentants n'ont cependant pas le droit de voter : il doivent seulement être entendu à leur demande lors de toute les délibérations requérant l'unanimité des associés. Si ces dispositions perturbent le droit des sociétés, elles ne remettent pas en cause le statut des salariés⁹²⁸.

316 L'intégration d'administrateurs salariés ne permet donc pas de considérer les salariés comme des participants : les administrateurs élus par le personnel restent tenus d'agir dans l'intérêt de la société sous le contrôle des actionnaires et des autres administrateurs sans être pour autant soumis au contrôle des salariés qui ne disposent d'aucune action.

317 L'actionnariat des salariés a-t-il eu plus de succès ? De nombreuses sociétés cotées favorisent la participation de leur personnel au capital social notamment parmi les sociétés privatisées⁹²⁹. Un nouvel indice boursier mesure depuis 1999 les

924 Article L. 225-32 du Code de commerce.

925 Article L. 225-29 et L. 225-30 du Code de commerce. Sa situation ne peut être confondue avec celle de l'administrateur salarié qui est un administrateur ordinaire désigné par les actionnaires qu'il est chargé de représenter.

926 En ce sens : Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 7^{ème} éd. avec la collaboration d'A. FAUCHON, Dalloz 2000, n° 540 sqq.

927 Article L. 432-6-1 du Code du travail.

928 En ce sens : A. COURET, *La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation du pouvoirs dans l'entreprise*, JCP. 2001, I, 339, n° 55 sqq.

929 Y. GUYON, *Actionnariat des salariés et privatisation des entreprises*, D. Soc. 1987.445. Voir également Chr. LASSALAS, *L'actionnariat des salariés*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, PU de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand-LGDJ 2001, p. 165.

performances de ces sociétés⁹³⁰. Divers systèmes existent en droit positif pour permettre l'accès des salariés au capital des sociétés qui les emploient : la société anonyme à participation ouvrière⁹³¹, la société coopérative ouvrière de production⁹³², la participation aux résultats⁹³³ ainsi que l'épargne salariale⁹³⁴ ou encore la nouvelle société coopérative d'intérêt collectif⁹³⁵. Quel que soit le mode d'acquisition de la qualité d'actionnaire⁹³⁶ celle-ci fait-elle du salarié un participant ? A titre individuel, en tant qu'actionnaire, il devient membre de la société mais cela suffit-il à faire des salariés des participants dont les intérêts spécifiques doivent être pris en compte ? L'actionnaire salarié a-t-il un comportement spécifique qui le conduit à ne pas rechercher la maximisation de son profit en tant qu'actionnaire ? Tente-t-il d'infléchir les décisions sociales pour qu'elles prennent en compte les intérêts des salariés ? C'est ce que l'on espère toujours lorsque l'on met en place ce type de mécanismes. Malheureusement, le comportement des salariés actionnaires n'est guère différent de celui des actionnaires ordinaires. La structure économique des sociétés est très efficace de ce point de vue : il existe des incitations économiques trop fortes à céder pour que l'actionnaire, fût-il, salarié résiste à la tentation du profit⁹³⁷. Des obstacles à ces cessions sont prévus⁹³⁸ mais ils manifestent par leur existence même que le salarié actionnaire reste un actionnaire comme les autres. Les textes prévoient cependant la possibilité d'instaurer une

930 Le Monde 23-24 octobre 1999. Il semble que ces sociétés aient de meilleurs résultats que la moyenne des sociétés du CAC 40.

931 Loi du 24 juillet 1867.

932 Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947.

933 Articles L. 442-1 du Code du travail. La distribution d'actions est une des modalités de la participation obligatoire : article L. 442-5 du Code du travail.

934 Voir la récente loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, qui tente également de relancer le mouvement de l'actionnariat salarié.

935 Article 38 de la loi 2001-624 du 17 juillet 2001, portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, qui a créé les articles 19 quinquies et suivants au sein de la loi du 10 septembre 1947, portant statut de la coopération.

936 Cette qualité en cas d'attribution gratuite a été discutée car le salarié ne fait aucun apport : A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 156, LGDJ 1978, n° 260 sq. Sur la distribution gratuite d'actions voir notamment : Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 7^{ème} éd. avec la collaboration d'A. FAUCHON, Dalloz 2000, n° 537 ; A. VIANDIER *La loi créant une distribution gratuite d'actions et le droit des sociétés*, RS. 1981.475.

937 En ce sens : A. PENDLETON, *Stakeholders as Shareholders : The Role of Employee Share Ownership*, in *Stakeholder Capitalism*, G. KELLY, D. KELLY, A. GOMBLE (ed.), Mac Millan, PERC, St Martin's, Londres, New York, 1997, p. 169. Voir également la position hostile de la CGT et de l'AFL-CIO : *Le nouvel économiste*, n° 1143, 13 janvier 2000, p. 8.

938 Article L. 442-7 du Code du travail par exemple qui limite la liquidité des droits et notamment a pour conséquence de rendre les actions inaliénables pour une durée de cinq ans.

représentation spécifique de cette catégorie d'actionnaires. Lorsque la participation des salariés représente plus de 3% du capital social, une assemblée générale extraordinaire doit se réunir « pour se prononcer sur l'introduction dans les statuts d'une clause prévoyant qu'un ou deux administrateurs doivent être nommés parmi les salariés »⁹³⁹. La nomination a lieu par l'assemblée générale sur proposition des actionnaires salariés. Par ailleurs, le président du conseil d'administration « peut organiser avant l'assemblée générale la consultation des salariés actionnaires afin de leur permettre de désigner un ou plusieurs mandataires pour les représenter »⁹⁴⁰. Il s'agit en définitive d'une représentation catégorielle des actionnaires. Il est permis de penser que leur présence dans le conseil d'administration aura pour effet une certaine prise en compte des intérêts des salariés mais elle sera toujours limitée. Elle sera peut-être plus réduite encore que dans le système de la représentation directe des salariés dans la mesure où leur responsabilité politique est engagée devant l'assemblée des actionnaires⁹⁴¹ et non devant le personnel de l'entreprise. Leur responsabilité est celle de tous les administrateurs notamment en cas de procédure collective⁹⁴². Le fait que des salariés soient actionnaires de la société ne permet pas de conclure que le personnel collectivement devient un participant⁹⁴³.

318 Lorsque la personne morale a un but non lucratif, constate-t-on un changement dans la situation des salariés ? Il n'existe par définition aucun mécanisme de participation aux résultats dans les associations car ceux-ci ne peuvent pas être distribués. Il est cependant une circonstance qui pourrait manifester un infléchissement de la position de principe dégagée jusqu'ici : le montant du salaire accepté par les salariés des associations et des fondations serait inférieur à ce qu'ils obtiendraient dans le secteur lucratif. Le constat est manifestement à vérifier dans la pratique des associations et des fondations qui ne peuvent d'ailleurs recourir à des salariés que parce qu'il existe également par ailleurs de nombreux bénévoles⁹⁴⁴. Cela signifie-t-il que les salariés adhèrent au projet de

939 Article L. 225-23 du Code de commerce (modifié par la loi du 19 février sur l'épargne salariale).

940 La consultation est obligatoire lorsque les statuts prévoient la désignation d'administrateurs représentant les salariés actionnaires.

941 Et devant les actionnaires salariés qui ont le pouvoir de proposition.

942 Article L. 624-3 du Code de commerce.

943 Sur la cogestion allemande et ses limites : V. MAGNIER, *Rapprochement des droits et viabilité d'un droit commun des sociétés*, préf. P. DIDIER, Bibl. dr. priv. n° 317, LGDJ 1999, n° 532 sqq.

944 Sur les bénévoles : voir ci-dessous, **n° 398**.

l'association ? Il n'est pas interdit de le penser mais cela relève de la psychologie individuelle et il est impossible de relever l'existence de mécanismes d'incitation positive qui permettrait d'affirmer que l'organisation recherche systématiquement l'adhésion de ses salariés. Elle se contente le plus souvent d'éviter les comportements opportunistes. Et même si les salariés adhéraient en principe au projet de l'association, il resterait à démontrer que celle-ci n'est pas ingrate et leur accorde en contrepartie un certain pouvoir de contrôle. Cette recherche échouerait de la même façon qu'en droit des sociétés. Les salariés ne disposent d'aucune voie de droit comparable à celle des sociétaires ou des administrateurs pour assurer la protection de leurs intérêts. La participation de salariés à l'assemblée générale d'une association est sanctionnée par la nullité ce qui interdit de leur donner voix au chapitre⁹⁴⁵. Les salariés sont donc en principe des tiers en droit positif français. Certains créanciers bénéficient-ils d'un régime plus favorable ?

319 Les obligataires. Les créanciers sont en principe des tiers à la personne morale. Cependant, comme pour les salariés, certaines situations doivent être envisagées afin de mesurer leur influence sur le statut des créanciers. L'émission d'un emprunt obligataire entraîne elle-même l'apparition d'une nouvelle personne morale : la masse des obligataires⁹⁴⁶. Les créanciers de la personne morale émettrice doivent exercer collectivement certains droits comme celui d'agir en justice⁹⁴⁷. En contrepartie, ils disposent collectivement de droits dont ils ne disposent pas individuellement. Il s'agit de droits à l'information⁹⁴⁸ et d'être consultés sur certaines décisions de la personne morale⁹⁴⁹. Il s'agit de véritables droits de participer à la vie sociale. La masse des obligataires se prononce notamment « sur toute proposition relative à la modification de l'objet ou de la forme de la société »⁹⁵⁰. Cela manifeste une réelle intervention dans la personne morale⁹⁵¹. Elle connaît cependant des limites. Collectivement, d'une part, les

945 Poitiers, 15 mai 1985, RS. 1986.457, obs. Y. GUYON ; B. Joly 1986, § 174.

946 Article L. 228-46 du Code de commerce. Les règles relatives à l'organisation collective des créanciers obligataires jouent aussi pour les associations qui ont émis des obligations ou des titres associatifs : article 10 de la loi n° 85-698 du 11 juillet 1985 autorisant l'émission de valeurs mobilières par certaines associations. Voir Y. GUYON, *La loi du 11 juillet 1985 autorisant l'émission de valeurs mobilières par certaines associations*, ALD. 1986.33.

947 Article L. 228-54 du Code de commerce.

948 Article L. 228-55 du Code de commerce.

949 Article L. 228-65 du Code de commerce.

950 Article L. 228-65, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

951 Voir G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN, L. VOGEL, t. I, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1833.

représentants de la masse ne doivent pas s'immiscer dans la gestion de la personne morale⁹⁵². Individuellement, d'autre part, un obligataire ne peut obtenir communication des documents sociaux ni contrôler les opérations de la société⁹⁵³. Ces limites ne remettent pas en cause le principe de l'intervention des obligataires dans le fonctionnement de la personne morale ; elles expriment simplement le maintien de la distinction entre les participants et les associés⁹⁵⁴. Il existe donc une forme de contrôle de la gestion sociale par les créanciers qui ont souscrit à un emprunt obligataire⁹⁵⁵. Cela permet de leur reconnaître la qualité de participant et par là-même de donner un contenu positif à la notion⁹⁵⁶. Il convient d'examiner maintenant une circonstance qui atteint les créanciers et les salariés et dont il faut mesurer la portée au regard de la distinction étudiée ici. Il s'agit de la procédure collective de la personne morale.

320 La prise en compte de l'intérêt des tiers apparaît parfois de manière exceptionnelle. Ainsi, le droit communautaire de la concurrence admet-il que des ententes puissent être justifiées lorsqu'elles contribuent à améliorer la production ou le distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte⁹⁵⁷.

321 **L'influence des procédures collectives.** L'intérêt de l'entreprise s'est déplacé vers le droit des entreprises en difficultés selon Monsieur Pirovano⁹⁵⁸. Cela justifie que l'on s'interroge sur l'influence de la proximité d'une procédure collective sur la prise en compte de l'intérêt des créanciers et des salariés qui n'ont pas en principe la qualité de participants. Créanciers et salariés sont soumis à une discipline collective et sont représentés par des organes de la procédure spécialisés : il existe un représentant des créanciers⁹⁵⁹ et un

952 Article L. 228-55 du Code de commerce.

953 Article L. 228-70 du Code de commerce.

954 Les frontières ne sont pas étanches. Les obligations peuvent être convertibles en actions : article L. 225-161 du Code de commerce. Voir Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration d'A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 346 sqq. Elles peuvent être également échangeables en actions (articles L. 225-168 et suivants du Code de commerce) ou encore offrir un bon de souscription d'actions (articles 225-150 et suivants du Code de commerce).

955 En ce sens : R. CONTIN, thèse précitée, n° 208 sqq.

956 La même conclusion s'impose pour les porteurs de titres participatifs : article L. 228-36 du Code de commerce. L'appellation de titres participatifs est significative à cet égard.

957 Article 81 du traité de l'Union.

958 A. PIROVANO, *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, Chr. 189.

959 Article 46 de la loi du 25 janvier 1985.

représentant des salariés⁹⁶⁰. Par l'intermédiaire de leurs organes, des individus qui d'ordinaire ne disposent pas de voies de droit efficaces afin de protéger leurs intérêts peuvent exercer une influence sur la vie de la personne morale. Certains modes de protection sont dérivés du droit commun : les nullités de la période suspecte⁹⁶¹ étaient considérées comme une variante de l'action paulienne⁹⁶². Elles en sont cependant distinguées aujourd'hui⁹⁶³. D'autres sont spécifiques du droit des entreprises en difficultés : il existe notamment des sanctions pénales particulières comme la banqueroute⁹⁶⁴. Le statut des créanciers et des salariés d'une personne morale soumis à une procédure collective est-il celui des participants ? Pratiquement acquièrent-ils des droits de contrôle dont ils ne disposaient pas antérieurement et qui leur permettent d'obtenir une meilleure prise en compte de leurs intérêts ?

322 Avant la réforme de 1985, une seule personne représentait à la fois les créanciers réunis en une masse dotée de la personnalité morale et le débiteur. Il s'agissait du syndic. Il exerçait les pouvoirs du débiteur sur l'affaire au nom de la masse⁹⁶⁵. Il y avait alors nettement intégration des créanciers à la vie de la personne morale, ce qui aurait permis de qualifier les créanciers de participants. Qu'en est-il aujourd'hui alors que les fonctions de représentation du débiteur et des créanciers sont réparties entre deux organes différents⁹⁶⁶ ? La réponse semble pouvoir être maintenue. Deux arguments permettent de le soutenir. La nullité de la période suspecte peut être considérée comme une forme de rétroactivité du dessaisissement du débiteur⁹⁶⁷.

960 Le représentant des salariés a le privilège d'être nommé par des représentants du personnel de l'entreprise : le comité d'entreprise ou les délégués du personnel : article 621-8 du Code de commerce.

961 L'action peut être introduite par le représentant des créanciers : article L. 621-110 du Code de commerce.

962 Voir G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. II, 15^{ème} éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ 1996, n° 3109.

963 En ce sens : M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial. Instrument de paiement et de crédit. Entreprise en difficulté*, 5^{ème} éd. Dalloz 1999, n° 828.

964 Articles L. 626-1 et suivants du Code de commerce.

965 Le titre auquel le syndic représentait le débiteur était discuté : A. BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse dactyl., Nancy II 1973, n° 32 sqq. L'auteur soutient que le syndic n'était pas à la fois représentant du débiteur et de la masse, mais qu'il représentait toujours la masse qui elle-même représentait le débiteur.

966 L'administrateur peut être chargé de représenter le débiteur ; le représentant des créanciers comme son nom l'indique agit au nom et pour le compte des créanciers.

967 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 4, *L'entreprise en difficulté*, 2^{ème} éd., collection Thémis, PUF 1999, p. 259. Cela reste juste même si le dessaisissement n'est ni automatique ni complet en cas de redressement judiciaire.

De la même manière l'action en comblement de passif⁹⁶⁸ permet de reconstituer le patrimoine du débiteur à la demande notamment du représentant des créanciers⁹⁶⁹. Il est important de relever qu'une telle action en responsabilité introduite individuellement par un créancier d'une société *in bonis* ne serait pas recevable. On pourrait certes tenter de la fonder sur l'article L. 225-251 du Code de commerce ; cependant si ce texte permet aux tiers d'engager la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes pour faute de gestion, il faut relever d'une part que la preuve de la faute est difficile et d'autre part qu'elle aboutira à la réparation du préjudice personnel du créancier et non à un comblement du passif social⁹⁷⁰. L'action de l'article L. 624-3 du Code de commerce apparaît donc comme une intervention des créanciers dans la vie sociale. Les salariés disposent également d'un droit d'intervention lorsque la situation de l'entreprise devient difficile. Le comité d'entreprise doit notamment être informé des difficultés de l'entreprise et peut déclencher la procédure d'alerte⁹⁷¹. Cette première observation doit être complétée par une seconde.

323 Le délit de banqueroute protège les intérêts des créanciers en sanctionnant les dirigeants qui ont détourné des actifs ou tenu une comptabilité fictive⁹⁷², notamment, afin de dissimuler les difficultés de la société et par conséquent de tromper les tiers. L'article L. 626-16 du Code de commerce dispose que les poursuites sont engagées sur l'initiative du ministère public, de l'administrateur, du représentant des créanciers, du représentant des salariés, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur. Les créanciers sont exclus de cette énumération⁹⁷³. Ils peuvent cependant être défendus, collectivement, par leur représentant.

324 La jurisprudence a affirmé l'irrecevabilité de la constitution de partie civile d'un créancier introduite sur le fondement de l'article L. 626-16, mais l'a au contraire reçue lorsqu'elle était fondée sur les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale⁹⁷⁴. Le créancier doit demander réparation d'un préjudice distinct du non-paiement de sa

968 Article L. 624-3 du Code de commerce.

969 Article L. 624-6 du Code de commerce.

970 L'action du créancier resterait distincte de celle ouverte aux associés.

971 Article L. 434-5 du Code du travail ; articles L. 234-1 du Code de commerce, spéc. l'article L. 234-3.

972 Article L. 626-2 du Code de commerce.

973 Les salariés sont dans la même situation.

974 Crim., 11 octobre 1993, RS. 1994.303, note B. BOULOC ; RPC. 1994.282, obs. J. DEVÈZE, C. MASCALA ; JCP. E 1995, I, 157, obs. Ph. PÉTEL ; Crim., 30 mai 1994, B. Joly 1994, §323, note J.-J. DAIGRE ; RPC. 1996.137, obs. C. MASCALA ; JCP. E 1995, I, 157, obs. Ph. PÉTEL.

créance⁹⁷⁵, ce qui peut s'entendre d'un préjudice purement moral⁹⁷⁶. Cette jurisprudence peut surprendre. Comment expliquer que les créanciers qui sont irrecevables à demander réparation sur le terrain de l'abus de biens sociaux⁹⁷⁷ deviennent recevables sur celui de la banqueroute ? Cette différence manifeste le changement que provoque la proximité de la procédure collective sur les devoirs des dirigeants de sociétés. Si, d'ordinaire, ils n'ont de devoirs qu'à l'égard de la société et de ses actionnaires, lorsque la solvabilité de la personne morale devient douteuse ils sont tenus de prendre en compte les intérêts des créanciers⁹⁷⁸ et des salariés⁹⁷⁹. Ils sont, en quelque sorte, des organes de la procédure par anticipation. Aussi est-ce peut-être moins l'intérêt de l'entreprise qui est protégé que celui de la procédure. En tout état de cause, même s'il s'agit d'une réelle manifestation de l'intérêt de l'entreprise, deux remarques s'imposent. La première concerne la structure de l'intérêt ainsi dégagé. Elle n'est pas différente de celle qui a caractérisé jusqu'ici l'intérêt de l'entreprise : il n'est pas homogène. Il n'existe pas de communauté d'intérêt entre créanciers, associés et salariés. Les mécanismes étudiés ne permettent qu'une prise en compte d'intérêts catégoriels sans faire apparaître un intérêt propre de l'entreprise. La seconde est relative à la pratique des procédures collectives. Malgré les affirmations de l'article L. 620-1 du Code de commerce la protection de l'emploi dans le cadre des procédures collectives est manifestement insuffisante⁹⁸⁰.

325 Ces observations permettent de formuler une nouvelle question. La défense des intérêts des salariés serait-elle plus efficace si l'on reconnaissait un intérêt collectif du personnel réuni dans une personne morale comparable à celle de la masse hier et peut-être aujourd'hui à celle de la collectivité des créanciers ? Cette question est

975 Crim., 11 octobre 1993, précité.

976 Crim., 30 mai 1994, précité.

977 Voir ci-dessus, n° 370.

978 Comparer avec un arrêt ancien : Civ., 26 novembre 1912, DP. 1912.1.377, note Ed. THALLER, qui a écrit « la société tout entière, c'est-à-dire la collectivité des actionnaires et des créanciers » à l'occasion d'une procédure collective. La formule s'explique par la confusion entre les actions des associés et celles des créanciers fréquente à l'époque : Ph. DIDIER, , thèse précitée, n° 544.

979 Qui pour l'essentiel sont dans une situation comparable. Voir sur la situation des créanciers : J. H. FARRAR, *The obligation of company's directors to its creditors before liquidation*, 1985.2. Co. Law. 413. L'action civile des salariés devrait être également recevable.

980 En ce sens : A. PIROVANO, *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, Chr. 189. Voir également : H. BLAISE, *La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficultés*, D. Soc. 1985.449 ; Y. CHAGNY, *La situation des salariés de l'entreprise en difficulté*, RJS. 10/99, p.743 et RJS. 11/99, p. 819.

d'autant plus pertinente que certains auteurs ont récemment soutenu que la collectivité du personnel était une personne morale même en l'absence de procédure collective⁹⁸¹. La conclusion des développements qui précèdent est cependant plus modeste : il s'agit uniquement d'affirmer que créanciers et salariés deviennent des participants lorsque leur débiteur est proche de la faillite.

326 L'intervention des créanciers dans la vie sociale n'est pas sans danger. Si les procédures collectives peuvent révéler des situations où la prise en compte de leur intérêt est légitime, elles peuvent également faire apparaître des immixtions contestables. L'article L. 624-3 du Code de commerce relative aux entreprises en difficulté permet de sanctionner un créancier qui se serait comporté en dirigeant de fait. Le risque n'est pas négligeable. Les banques sont concernées⁹⁸² ainsi que les fournisseurs qui ont organisé un réseau de distribution intégrée⁹⁸³. La reconnaissance de droits particuliers s'accompagne donc d'une responsabilité accrue mais ce ne sera qu'en cas de procédure collective que ces liens apparaîtront et que les comportements de chacun seront évalués.

327 **Les bénéficiaires des activités non lucratives.** Le statut des bénéficiaires des activités non lucratives déployées par les associations et les fondations est discuté. Michoud pensait qu'ils formaient la substance de la fondation à égalité avec les administrateurs⁹⁸⁴. Le plus souvent la qualification de stipulation pour autrui est retenue. Lorsque les destinataires sont suffisamment définis à l'avance ils deviennent créanciers de la fondation et bénéficient des prérogatives attachées à cette qualité⁹⁸⁵. Sinon il semble bien qu'ils n'aient aucun droit aux prestations de l'organisation. Ils peuvent néanmoins prendre des mesures conservatoires⁹⁸⁶. Une éventuelle

981 Sur ce débat : J. BARTHÉLÉMY, *Le référendum en droit social*, D. Soc. 1993.89 ; J. GRIMALDI D'ESDRA, *Nature et régime juridique du référendum en droit social*, D. Soc. 1994.397 ; E. WAGNER, *L'image juridique du personnel de l'entreprise*, in *Sur l'entreprise et le droit social. Etudes offertes à J. Barthélémy*, Droit du travail et sécurité sociale, hors série 1994.

982 Pour un exemple : Com., 24 janvier 1983, RJC. 1984.215, note C.-H. GALLET ; JCP. CI. 1984, I, 14235, n° 15, obs. M. CABRILLAC, M. VIVANT.

983 Voir L. GIMALAC, *Le contrat d'intégration révélé par les actions en comblement et en extension du passif*, RTDCom. 1999.601.

984 L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 76 et n° 184 sqq.

985 En ce sens : M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, p. 102, PUF 1980 ; voir aussi H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse dactyl., Paris 1969, n° 87 sqq. ; V. GUEDJ, thèse précitée, n° 615 sqq.

986 En ce sens : H. SOULEAU, op. cit., n° 616. Ces auteurs traitent de la question à propos des fondations non personnifiées, mais leurs conclusions semblent pouvoir être étendues aux fondations reconnues d'utilité publique.

action des bénéficiaires contribuerait à la réalisation de l'objet de l'association ou de la fondation mais il n'est pas permis d'y voir une action comparable à celle qui assure le respect de l'intérêt de la personne morale. Il est évident que l'intérêt que peuvent avoir les bénéficiaires ne leur donne pas le statut de membres. Ils ne font aucun apport, à la différence des membres des associations, des donateurs et des fondateurs. Et lorsqu'ils agissent en exécution, c'est en vertu d'une stipulation pour autrui. Sans droit au contrôle, ni apport, la qualification de participants ne peut qu'être refusée aux bénéficiaires.

328 Les bénévoles qui participent à l'activité d'une organisation non lucrative sont-ils dans une situation particulière ? On pourrait les rapprocher des salariés mais l'absence de rémunération est un fait qui interdit toute assimilation. Il n'est pas impossible de passer d'une catégorie à l'autre et certains salariés sont recrutés parmi les bénévoles. Il reste que la cause de leur engagement est différente. Il n'a pas pour contrepartie une prestation économique mais la simple satisfaction de voir exercée une activité à laquelle le bénévole est attaché. En cela la situation du bénévole se rapproche plutôt de celle du membre d'une association qui fait apport de son activité. Cependant, à la différence du membre, le bénévole n'a pas de pouvoir de contrôle. Il ne dispose que d'une des deux prérogatives qui caractérisent le membre d'un groupement. Il peut donc être considéré comme un participant.

329 En résumé, seuls les obligataires et les bénévoles sont en toute occurrence des participants de l'organisation. Les salariés et les créanciers n'accèdent à ce statut que lorsque l'entreprise est en difficulté. Cela n'apparaît nettement que lorsque la personne morale est soumise à une procédure collective. Les intérêts des salariés et des créanciers sont alors protégés par une organisation collective particulière que l'on peut rapprocher de la masse des obligataires : la collectivité des créanciers et la collectivité du personnel. Leur intérêt n'est cependant pas intégré à celui de la personne morale, qui n'est donc pas en ce sens un intérêt transcendant. Il doit simplement être pris en compte lors de la prise de décision. On peut alors affirmer que la personne morale existe pour la satisfaction des intérêts internes et notamment dans l'intérêt de ses membres lorsqu'il en existe. On parlera alors d'immanence et non de transcendance⁹⁸⁷. Cela reste vrai même si la personne morale est obligée de ne pas méconnaître les intérêts des personnes qui lui sont tiers. En cela le droit français est peut-être plus proche du droit anglo-américain que du droit allemand

987 Sur l'immanence : voir ci-dessous, n° 457 sqq.

sur ce point. Il cherche en effet davantage à étendre la responsabilité des dirigeants, qu'à intégrer des intérêts catégoriels diversifiés en un seul intérêt social⁹⁸⁸.

330 Le réseau d'intérêts qui enserme la personne morale et prétend en déterminer l'intérêt ne comprend pas uniquement des intérêts purement privés. Parmi les tiers, il en est un qui a revendiqué le monopole d'un intérêt dit général : l'Etat. L'intérêt de la personne morale doit être confronté à l'intérêt général afin de préciser les rapports qui existent entre eux.

§ 2 Intérêt de la personne morale et intérêt général

331 La distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt général n'implique aucune opposition⁹⁸⁹. Bien au contraire, s'il est souvent suffisant que l'intérêt de la personne morale ne méconnaisse pas l'intérêt général, il est parfois nécessaire que sa conformité soit reconnue. L'organisation bénéficiera alors de la personnalité morale ou, lorsqu'elle l'a déjà, d'une capacité accrue. Cette observation ainsi que celles qui vont suivre valent pour les personnes morales de droit privé. En droit public, la distinction ne peut être faite car il est évident que l'intérêt d'une personne morale de droit public est un intérêt général⁹⁹⁰. En matière de personne morale de droit privé, l'intervention de l'intérêt général pourrait être envisagée comme un élément nécessaire de la personnalité morale. Seule l'onction étatique permettrait d'accéder à la vie juridique. Si la personne morale poursuivait un intérêt général, elle dépasserait le cercle des intérêts de ses membres et trouve le fondement de son être en dehors de ce cercle. Ce dépassement serait alors le signe de la

988 Sur ces deux modèles : V. MAGNIER, *Rapprochement des droits et viabilité d'un droit commun des sociétés*, préf. P. DIDIER, Bibl. dr. priv. n° 317, LGDJ 1999, n° 542 sqq., qui relève par ailleurs que le droit français ne constitue pas un véritable modèle mais plutôt un anti-modèle par rapport aux systèmes anglo-américain et allemand.

989 Sur l'intérêt général : G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, collection Thémis, 12^{ème} éd., PUF. 1992, p. 516 sq. ; J. BELIN, *Recherches sur la notion d'utilité publique en droit administratif français*, thèse Paris, Dalloz 1933 ; D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse dactyl., Bordeaux I 1975 ; D. TRUCHET, *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, préf. J. BOULOIS, Bibl. dr. Pub. t. CXXV, LGDJ 1977 ; M. HECQUART-THÉRON, *De l'intérêt collectif*, AJDA. 1986.65 ; CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public 1999, *L'intérêt général*, EDCE. n° 50, la documentation Française 1999, notamment : D. TRUCHET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre*, p. 361 ; J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D. 1998, Chr. 327. En science politique : J. CHEVALIER, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 1, CURAPP. PUF. 1978, p. 11 ; Fr. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, collection politique comparée, Economica 1986.

990 Sur les attaques dont l'intérêt général est l'objet : J.-M. PONTIER, article précité.

transcendance de l'intérêt de la personne morale. Cela ne peut cependant être soutenu dans la mesure où l'intérêt de la personne morale apparaît distinct de l'intérêt général.

332 Si la distinction de l'intérêt de la personne morale de droit privé et de l'intérêt général est nécessaire, elle ne doit pas être poussée trop loin. Il ne faut pas cacher les points communs qui existent entre les notions. Le plus évident est relatif à leur nature de standard⁹⁹¹. Il est courant de relever que l'intérêt général n'a reçu aucune définition écrite⁹⁹² et qu'il est une notion fonctionnelle⁹⁹³. Ils opèrent de la même façon par renvoi à un système normatif autre que le système juridique. Le système de référence sera souvent politique pour l'intérêt général ; il sera plutôt économique en droit privé. Les frontières ne sont cependant pas imperméables et rien n'interdit aujourd'hui à une personne publique de prendre en compte un intérêt économique.

333 La distinction de l'intérêt général et de l'intérêt de la personne morale résulte surtout de l'étude de la jurisprudence judiciaire. Il existe peu de sources administratives en la matière contrairement à ce que l'on pourrait penser *a priori*. Il y a deux raisons à cela. D'une part, la distinction apparaît plus nettement lorsque ce sont des personnes morales de droit privé qui invoquent l'intérêt général particulièrement lorsque la reconnaissance de cette prérogative leur est refusée. L'étude des actions en justice des personnes morales est à nouveau fort instructive. On leur oppose leur défaut d'intérêt à agir, ce qui implique une différence substantielle entre intérêt de la personne morale et intérêt général. D'autre part, la jurisprudence administrative renseigne peu sur le contenu de l'intérêt général. Ce sont ses fonctions qui sont le plus souvent mises en évidence⁹⁹⁴. A la question d'une distinction substantielle entre les intérêts (I), doit être jointe l'étude de leur structure dont il est courant de relever la différence (II).

I Différence substantielle

334 Pour établir que l'intérêt de la personne morale n'intègre aucune référence à l'intérêt général on peut démontrer que les deux notions n'ont pas le même contenu. Si la définition substantielle des intérêts est toujours une entreprise difficile, cette difficulté n'a pas été

991 Voir ci-dessus, n° 119 sqq.

992 En ce sens : D. TRUCHET, *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, préf. J. BOULOUIS, Bibl. dr. Pub. t. CXXV, LGDJ 1977, p. 264 sq.

993 Fr. RANGEON, op. cit., p. 8.

994 Voir D. TRUCHET, *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, thèse précitée.

un obstacle à la distinction de l'intérêt général et de l'intérêt de la personne morale. Elle apparaît nettement en droit positif lorsque les tribunaux déclarent irrecevables les actions en justice de personnes morales qui prétendent agir au-delà de leur intérêt propre et de celui de leurs membres⁹⁹⁵ (A). Elle peut sembler moins nette lorsque la personne morale développe une activité d'intérêt général comme tel est le cas des fondations (B).

A) L'irrecevabilité des actions d'intérêt général

335 Les personnes morales de droit privé peuvent défendre leurs propres intérêts notamment par la voie de l'action en justice. Peuvent-elles dépasser le cercle déterminé par leurs attributs et la protection des intérêts de leurs éventuels membres ? Peuvent-elles agir en défense de l'intérêt général. En d'autres termes sont-elles porteuses d'un intérêt transcendant ?

336 Que faut-il entendre ici par intérêt général ? Il s'agit évidemment, dans une définition minimale, de l'intérêt des personnes publiques⁹⁹⁶. Cette définition reste cependant assez formelle et peut sans doute être complétée. D'une part, l'intérêt général peut être poursuivi par des personnes privées. D'autre part, qualifier d'intérêts collectifs tous les intérêts autres que ceux des personnes publiques serait regrettable. L'intérêt lié à la protection des membres d'un groupement n'est pas le même que celui qui dépasse ce cadre pour atteindre une classe entière de la population abstraitement désignée. Il semble difficile de soutenir que la défense des membres d'une ligue de défense et la défense des intérêts des consommateurs relèvent d'une même catégorie. La définition formelle de l'intérêt général était complète lorsque celui-ci était essentiellement politique ; elle ne vaut plus aujourd'hui qu'il s'est diversifié⁹⁹⁷. L'intérêt général apparaît donc souvent comme l'intérêt d'une personne publique mais il peut être défini aussi comme l'intérêt d'une classe de la population déterminée abstraitement sans qu'une personne publique en ait spécialement la charge. Les intérêts attachés à la protection des consommateurs, à la lutte contre la violence routière ou contre le tabagisme sont en ce sens des intérêts généraux dès lors qu'ils ne sont pas rattachés à des personnes déterminées, membres d'un groupement de défense⁹⁹⁸.

995 Lorsqu'ils existent.

996 En ce sens : L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. VINEY, Bibl. dr. priv. n° 278, LGDJ 1997, n° 12.

997 En ce sens : D. TRUCHET, thèse précitée, p. 290 sqq.

998 Voir R. et J. MARTIN, *L'action collective*, JCP. 1984, I, 3162, pour qui l'intérêt collectif (entendu comme différent de celui qui résulte de l'intérêt des membres) est « une part éclatée de l'intérêt général ».

SUPPRIME LES INFRACTIONS D INTERET GENERAL

337 **Les actions pour la défense de grandes causes.** Les associations ont fait preuve d'activisme dans le domaine de la défense de ce que l'on appelle les grandes causes⁹⁹⁹. Bien que l'hostilité des juridictions françaises à l'égard de ces actions soit constante, il est opportun de distinguer selon la voie empruntée : celle de l'action civile en présence d'une infraction pénale et celle de l'action de nature civile en l'absence d'infraction pénale. Cette différence se justifie notamment en raison du caractère exceptionnel de l'action civile¹⁰⁰⁰. Il ne suffit pas de constater que la procédure pénale est hostile aux actions civiles des personnes morales de droit privé, il faut encore établir que la solution est analogue en l'absence d'infraction pénale¹⁰⁰¹.

338 Lorsque la personne morale met en œuvre une action civile elle se heurte à l'article 2 du Code de procédure pénale (CPP.). A défaut d'un préjudice personnel résultant directement de l'infraction l'action civile est irrecevable. Les associations qui ne peuvent justifier remplir les conditions de l'article 2 CPP. sont donc déclarées irrecevables en leur action dès lors qu'elles poursuivent un intérêt différent de celui de leurs membres¹⁰⁰². Le refus opposé par la chambre criminelle de la Cour de cassation est ferme¹⁰⁰³. Il n'a cependant pas été constant car la chambre criminelle a parfois fléchi. Ce fut le cas en 1971, au bénéfice d'une association reconnue d'utilité publique de résistants¹⁰⁰⁴, en 1984 et en 1986, au profit d'associations reconnues d'utilité publique de lutte contre le tabagisme¹⁰⁰⁵. Les juges du fond plus favorables à ce type d'actions ont cru qu'il s'agissait d'un revirement et ont déclaré recevables les actions civiles introduites devant leurs juridictions¹⁰⁰⁶. Mais la chambre criminelle de la Cour de

999 S. GUINCHARD, *L'action de groupe en procédure civile française*, RIDC. 1990.599.
1000 Crim., 7 mai 1957, B. Crim., n° 376. Voir également : J. LARGUIER, *Action individuelle et intérêt général (quelques réflexions sur le juge pénal et l'action civile)*, in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguency*, Sirey 1964, p. 87, spéc. p. 88-89.

1001 L'article 1382 du Code civil est très libéral, au contraire de l'article 2 du Code de procédure pénale.

1002 Voir L. COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dactyl., Aix-Marseille 1974, n° 130.

1003 Crim. 18 octobre 1913, S. 1920.1.321.

1004 Crim., 14 janvier 1971, D. 1971.101, rapport F. CHAPAR ; JCP. 1972, II, 17022, note H. BLIN.

1005 Crim., 7 février 1984, B. Crim., n° 41 ; Crim., 29 avril 1986, B. Crim., n° 146.

1006 Aix-en-Provence, 19 novembre 1973, GP. 1974.1.132, RTDCiv. 1974.611, obs. G. DURRY. Voir également : P. CANIN, *Action civile et spécialité des personnes morales*, RSC. 1995.751, qui tend à présenter les arrêts dissidents à égalité avec la jurisprudence dominante.

cassation a censuré ces décisions¹⁰⁰⁷. Le seul moyen d'échapper à l'irrecevabilité est de recevoir l'onction de la loi¹⁰⁰⁸.

339 La jurisprudence a souvent rappelé aux associations qui agissaient en défense de grandes causes que sauf habilitation légale leur action civile était irrecevable. Le 23 juin 1986, la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé l'irrecevabilité de l'action civile et du pourvoi d'une association de lutte contre la violence routière au motif qu' « aux termes de l'article 2 du Code de procédure pénale et sauf dérogation législative qui n'existe pas en l'espèce l'action civile ne peut être exercée devant les juridictions pénales que par celui-là même qui a subi un préjudice personnel prenant directement sa source dans l'infraction poursuivie »¹⁰⁰⁹. L'habilitation peut être générale ou être spéciale. Dans le premier cas, elle bénéficiera à toutes les personnes morales qui entrent dans les prévisions de la loi¹⁰¹⁰. Dans le second cas, un acte administratif, un agrément¹⁰¹¹, est nécessaire pour donner qualité à la personne morale. Sans être restrictive la jurisprudence ouvre l'action civile aux associations habilitées uniquement dans la mesure de leur habilitation¹⁰¹². Cette interprétation mesurée des habilitations est raisonnable car elle met une limite à la fièvre processive des associations¹⁰¹³.

1007 Crim., 27 mai 1975, B. Crim., n° 133, qui casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix, précité.

1008 Il ne semble pas y avoir d'évolution en la matière. En sens contraire : L. DEVIC, obs. sous Crim. 26 octobre 1999, Juris-Association, n° 223, 15 juillet 2000, p. 5 (publié au bulletin : B. Crim., n° 233). En réalité cet arrêt semble se situer dans le cadre de la jurisprudence qui admet l'action dans l'intérêt commun des membres. Une autre interprétation est cependant envisageable qui consiste à reconnaître qu'il s'agit d'une action d'intérêt collectif (un intérêt professionnel) mais pour ajouter immédiatement que, s'agissant d'une association interprofessionnelle régie par la loi du 10 juillet 1975 et reconnue par arrêté interministériel, il existait une habilitation des pouvoirs publics. En toute hypothèse il semble impossible de considérer que l'action est recevable uniquement sur le fondement de l'objet de l'association.

1009 Crim., 23 juin 1986, B. Crim., n° 218. Voir également Crim., 26 avril 2000, Procédures 2000, Comm. 203, obs. J. BUISSON, qui tranche dans le même sens pour une action civile engagée par un ordre professionnel.

1010 Par exemple les articles 2-2 (lutte contre les violences sexuelles) et 2-6 (assistance aux personnes malades ou handicapées) du Code de procédure pénale.

1011 Par exemple les associations agréées de consommateurs : articles L. 411-1 sqq. et R. 411-1 sqq. du Code de la consommation. Voir L. BORÉ, thèse précitée, n° 93 sqq.

1012 En ce sens : L. BORÉ, thèse précitée, n° 305 sqq. C'est la jurisprudence dominante : Crim., 8 février 1995, B. Crim., n° 95, par exemple. Elle n'est cependant pas constante : Crim., 27 octobre 1997, C.C.C. 1998, Comm. 11, note G. RAYMOND ; JCP. 1998, II, 10017, note M. PRALUS.

1013 En ce sens : S. GUINCHARD, *Les moralistes au prétoire*, in Jean Foyer, *auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF. 1997, p. 477.

340 En l'absence d'infraction pénale, l'intérêt général n'est pas toujours étranger au débat. Le procureur de la République peut agir comme partie principale lorsqu'il estime qu'une affaire de nature civile met en cause l'ordre public¹⁰¹⁴. Comme en matière pénale, les prétentions des personnes morales de droit privé, en pratique des associations, à défendre l'intérêt général sont refoulées. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point¹⁰¹⁵. Les associations sont sans qualité pour défendre en justice les grandes causes qu'elles prétendent servir¹⁰¹⁶. Cette référence à l'absence de qualité indique clairement qu'elles n'ont pas davantage intérêt à agir, car si elles avaient intérêt à agir la question de la qualité ne se poserait pas dans la mesure où l'action n'est pas attitrée. Il s'agit d'une action banale pour laquelle tout intéressé aurait qualité à agir¹⁰¹⁷. Sans intérêt pour agir, l'association n'a pas non plus qualité¹⁰¹⁸. La traditionnelle méfiance de l'Etat à l'égard des associations quant à elle explique la solution d'un point de vue politique.

341 L'action de nature civile devient recevable lorsque l'Etat a habilité l'association. Les mécanismes d'habilitation sont analogues à ceux mis en place pour l'action civile. La Cour de cassation doit cependant contenir les juges du fond qui sont favorables à la recevabilité des actions de nature civile introduites par les associations en défense d'un intérêt général¹⁰¹⁹. Elle a toujours nié la qualité des associations non habilitées¹⁰²⁰. La solution est donc la même qu'en présence d'une infraction pénale : une personne morale de droit privé est irrecevable à agir en défense de l'intérêt général. Avant d'en être tout à fait convaincu, il est nécessaire d'étudier la

1014 Article 423 NCPC. Voir également : S. GUINCHARD, *Les moralistes au prétoire*, article précité.

1015 Civ., 4 mars 1913, DP. 1913.1.321, note L. ROLLAND, conclusions SARRUT ; dans la même affaire : CR. 15 juin 1923, S. 1924.1.49, note E. CHAVEGRIN, rapport A. BOULLOCHE ; D. 1924.1.153, conclusions L. MÉCHILLON, note L. ROLLAND. Plus récemment : Com., 19 janvier 1999, JCP. 1999, I, 197, obs. G. VINEY ; D. 1999.331, note L. BORÉ.

1016 S. GUINCHARD, *Les moralistes au prétoire*, article précité.

1017 Sur la distinction des actions banales et des actions attitrées : G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 2^{ème} éd., collection Thémis, PUF. 1996, n° 80. Voir également : S. GUINCHARD, *L'action de groupe en procédure civile française*, art. précité, n° 42 sq., qui estime que la Cour de cassation n'a pas cru pouvoir admettre une exception à l'exigence d'un intérêt personnel et direct.

1018 Voir cependant S. GUINCHARD, n° 050 sous l'article 32-1 du NCPC, *Mégacode*, Dalloz 1999, pour qui il est erroné de parler de qualité en matière d'actions dans l'intérêt d'autrui.

1019 Paris, 3 juillet 1995, JCP. 1996, II, 22601, note C. DUVERT.

1020 Civ. I, 16 janvier 1985, D. 1985.317, note J.-L. AUBERT ; JCP. 1985, II, 20484, note J. CALAIS-AULOY.

situation faite aux syndicats afin de vérifier s'ils ne font pas exception aux principes que l'on vient de dégager.

342 L'action syndicale. L'action syndicale en défense des intérêts de la profession est une action d'intérêt général dans la mesure où elle peut dépasser le cercle des membres. Pourtant elle est recevable devant les juridictions civiles, pénales et administratives¹⁰²¹. Elle a dans un premier temps été déclarée recevable par interprétation de l'article 6 de la loi de 1884 relative aux syndicats¹⁰²². Elle est aujourd'hui fondée sur l'article L. 411-11 du Code du travail qui dispose que les syndicats « ont le droit d'ester en justice [et qu'] ils peuvent devant toutes les juridictions exercer les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent » dont le contenu trouve sa source dans une révision de la loi de 1884¹⁰²³. La faveur que constitue cette recevabilité apparaît avec plus d'évidence lorsque l'on compare la situation faite aux associations professionnelles autres que les syndicats. Leur action est déclarée irrecevable en conformité avec la jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis 1923¹⁰²⁴. Quelle est la raison de cette différence de traitement alors que l'article 6 de la loi de 1901 est rédigé de manière analogue à l'article 6 de la loi de 1884 dans sa version originale ? Peut-on voir dans l'article L. 411-11 du Code du travail une habilitation légale ? Monsieur Boré ne le pense pas¹⁰²⁵. Il oppose à cette hypothèse un argument historique pertinent. La loi de 1920 qui a introduit dans la loi de 1884 le pouvoir d'agir en justice dans l'intérêt de la profession a consacré une solution dégagée au préalable par la jurisprudence. Elle n'est pas intervenue pour briser une jurisprudence hostile aux syndicats. La différence de solutions entre les associations et les syndicats à dix ans d'intervalle s'expliquerait par des situations politiques différentes : après la consécration des libertés collectives au début du siècle, il y aurait eu une volonté en 1923 de mettre fin à la guerre scolaire en déclarant irrecevable l'action d'une association

1021 CE. section, 20 janvier 1978, AJDA. 1979.37, conclusions DENOIX DE SAINT MARC.

1022 CR., 5 avril 1913, DP. 1914.1.65, note L. S. ; Civ., 5 novembre 1918 et Civ., 28 novembre 1916, S. 1920.1.49, rapport FALCIMAIGNE, conclusions SARRUT, note A. MESTRE.

1023 Loi du 12 mars 1920, DP. 1920.4.81 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels.

1024 CR., 15 juin 1923, S. 1924.1.49, note E. CHAVEGRIN, rapport A. BOULLOCHE ; D. 1924.1.153, conclusions L. MÉCHILLON, note L. ROLLAND. Plus récemment : Com., 19 janvier 1999, précité.

1025 L. BORÉ, note sous Com., 19 janvier 1999 et Com., 1^{er} décembre 1998, D. 1999.331.

d'instituteurs de l'enseignement public contre un évêque de l'Eglise catholique. Cette analyse historique est juste¹⁰²⁶. Cependant si elle met en garde contre tout anachronisme, elle ne permet pas de dicter le sens de l'interprétation du droit positif actuel. L'interprète n'est pas plus tenu par la volonté du juge du passé que par celle du rédacteur d'une loi qui a dépassé ses premières années d'application. Au regard de l'évolution de la jurisprudence et de la législation en matière d'action d'intérêt général, il est permis de penser aujourd'hui que la recevabilité de l'action syndicale résulte d'une habilitation de la loi. En l'absence d'un texte analogue à l'article L. 411-11 du Code du travail, il est fort probable que les juges aligneraient le régime de l'action syndicale sur celui des autres associations et la déclarerait irrecevable, à moins que l'on puisse fonder la recevabilité des actions d'intérêt général sur un caractère propre aux personnes morales de droit privé : l'existence d'un objet spécifique.

343 **Appréciation et justification de la jurisprudence.**

Certains auteurs ont combattu cette jurisprudence et proposé d'admettre la recevabilité des actions des associations dans un intérêt autre que celui de leurs membres sur l'objet du groupement. La personne morale aurait un intérêt personnel à défendre les grandes causes qui entrent dans son objet. L'intérêt à agir résulterait alors d'une atteinte à l'objet statutaire. Cette position a été adoptée par Mademoiselle Viney¹⁰²⁷ puis reprise et développée par Monsieur Louis Boré dans sa thèse¹⁰²⁸. Les juges du fond ont parfois déclaré recevables des actions d'intérêt général au motif que la personne morale poursuivait un but spécifique qui ne se confondait pas avec l'action distincte du ministère public pour la défense des intérêts sociaux¹⁰²⁹. La Cour de cassation a parfois fait référence à la spécificité du but et de l'objet de la mission de la personne morale pour admettre la recevabilité de l'action introduite dans l'intérêt général¹⁰³⁰. Aussi séduisante que soit cette proposition elle semble résulter d'une confusion entre intérêt et objet. La distinction des deux notions a déjà été exposée et il n'est pas nécessaire d'y revenir¹⁰³¹. L'objet statutaire

1026 On peut cependant relever que l'intervention du législateur était envisagée comme une extension de la capacité des syndicats. L'idée d'habilitation n'était pas absente de la volonté du législateur.

1027 G. VINEY, note sous TI. Paris 8^{ème} arrdt., 1^{er} juillet 1988 ; TI. Paris 16^{ème} arrdt., 12 octobre 1989 ; Versailles 22 mars 1990 ; Paris 15 novembre 1991 ; Civ. I, 30 juin 1992, JCP. 1992, II, 21954.

1028 L. BORÉ, thèse précitée.

1029 Voir par exemple : Aix-en-Provence, 19 novembre 1973, GP. 1974.1.132, RTDCiv. 1974.611, obs. G. DURRY. Cassé par : Crim., 27 mai 1975, B. Crim., n° 133.

1030 Crim., 7 février 1984, B. Crim., n° 41.

1031 Voir ci-dessus, n° 184 sqq.

est l'activité de la personne morale. L'intérêt est ce qui relie les éléments objectifs (l'activité) et les éléments subjectifs (la finalité), il ne peut être réduit à l'un de ces éléments. Dès lors, une atteinte à l'objet de la personne morale ne suffit pas à générer un intérêt personnel à agir. La référence à un intérêt général dans l'objet statutaire ne doit pas être confondue avec l'intérêt de la personne morale¹⁰³². La prétention des associations à défendre des intérêts autres que ceux de leurs membres est vaine.

344 Outre les arguments de politique juridique qui tiennent à la tradition individualiste du droit français et le respect de l'équilibre des institutions¹⁰³³, il est permis d'invoquer un argument de technique juridique. Les actions d'intérêt général sont des actions dans l'intérêt d'autrui¹⁰³⁴. Selon Messieurs Cornu et Foyer « les groupements qui les exercent ne le font pas en vertu d'un droit d'agir (au sens de l'a. 30 [NCPC]) qu'ils auraient en propre, mais d'un pouvoir d'agir pour autrui (condition de validité de la demande au sens de l'a. [117 NCPC]) »¹⁰³⁵. Aucune extension de ce type d'actions n'est envisageable en raison de la persistance du principe selon lequel « nul ne plaide par procureur »¹⁰³⁶. Ce principe signifie, dans le cadre de cette brève étude des actions d'intérêt général des personnes morales de droit privé, qu'elles ne peuvent agir que pour la défense de personnes déterminées qui leur ont donné mandat¹⁰³⁷. Elles n'ont aucun titre pour agir dans l'intérêt général. Lorsqu'elles peuvent agir dans un intérêt autre que leur intérêt propre elles défendent des individus déterminés : leurs membres. C'est la détermination des intéressés qui est au cœur du problème dans le système français de défense des droits¹⁰³⁸. L'action en justice n'est recevable que dans la mesure où elle tend à protéger les intérêts d'individus désignés et non ceux d'une masse indéterminée. S'il fallait admettre la recevabilité des actions d'intérêt général, cela provoquerait une dépersonnalisation du contentieux. C'est ce que recherchent les associations qui poursuivent

1032 Voir ci-dessus, n° 201.

1033 En ce sens : S. GUINCHARD, *Les moralistes au prétoire*, article précité.

1034 En ce sens : G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 2^{ème} éd., collection Thémis, PUF. 1996, p.413 sqq.

1035 G. CORNU, J. FOYER, op. cit., p. 418.

1036 Sur le principe : P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas 1999, n° 268. Sur l'adage : H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec 1999, n° 278, V° *Nul en France ne plaide par procureur, hormis le roi*. Voir également F. CABALLERO, *Plaidons par procureur, de l'archaïsme procédural à l'action de groupe*, RTDCiv. 1985.247 ; H. P. GLENN, *A propos de la maxime « Nul ne plaide par procureur »*, RTDCiv. 1988.59.

1037 Lorsqu'il s'agit de défendre des intérêts autres que ceux de ses membres.

1038 Voir G. CORNU, J. FOYER, op. cit., p. 418 ; H. P. GLENN, article précité, RTDCiv. 1988.59.

moins l'application du droit que sa modification¹⁰³⁹. Les risques attachés à la prétention de représenter une masse indéterminée d'individus et de provoquer une modification du droit justifient le contrôle de l'autorité publique sur les personnes morales de droit privé qui prétendent agir dans l'intérêt général.

345 Les manifestations de la transcendance dans le droit positif de la personnalité morale. La transcendance de l'intérêt de la personne morale ne peut cependant être totalement écartée. Les autorisations législatives et les agréments des associations pour agir dans un intérêt distinct du leur en sont la preuve. Seule peut être analysée comme une réelle manifestation de la transcendance dans le droit positif la faculté d'agir au-delà du cercle des intérêts internes. Les prétentions des personnes morales de droit privé, en pratique des associations, à défendre l'intérêt général sont en principe refoulées. Si les associations sont sans qualité pour défendre en justice les grandes causes qu'elles prétendent servir¹⁰⁴⁰ (que l'action soit portée devant les juridictions répressives¹⁰⁴¹ ou devant les juridictions civiles¹⁰⁴²), il existe cependant de nombreuses habilitations au profit d'associations prévues au Code de procédure pénale : l'article 2-2 habilite à agir les associations de lutte contre les violences sexuelles, l'article 2-6 attribue le même privilège aux associations d'assistance aux personnes handicapées. La légitimité des associations provient alors de l'Etat qui habilite des catégories de personnes morales pour agir dans un intérêt général. La personne morale agit en justice en défense d'un intérêt qui la dépasse : il est non seulement différent mais également d'une autre nature. La même remarque s'applique à l'intérêt du syndicat à agir dans l'intérêt de la profession qu'il représente dans la mesure où l'on considère que l'article L. 411-11 du Code du travail est un texte législatif d'habilitation¹⁰⁴³. Ce sont de véritables manifestations de la transcendance dans le droit positif de la personnalité morale. On remarquera simplement qu'elle est alors de source légale. Elle reste tout de même exceptionnelle : l'immanence est au contraire bien présente.

346 Avant d'aborder l'aspect structurel de la distinction il convient de vérifier les observations que l'on vient de formuler par

1039 En ce sens : Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 518 sqq.

1040 Sur ce point : S. GUINCHARD, *Les moralistes au prétoire*, article précité.

1041 Crim., 23 juin 1986, B. Crim., n° 218.

1042 Civ. I, 16 janvier 1985, D. 1985.317, note J.-L. AUBERT ; JCP. 1985, II, 20484, note J. CALAIS-AULOY.

1043 Voir ci-dessus, n° 413. En sens contraire : L. BORÉ, note sous Com., 19 janvier 1999 et Com., 1^{er} décembre 1998, D. 1999.331.

l'étude des activités d'intérêt général de certaines personnes morales de droit privé.

B) Les activités d'intérêt général

347 La prise en compte de l'intérêt général par les personnes morales de droit privé ne passe pas uniquement par l'action en justice. L'activité non contentieuse présente également certains aspects qui concernent l'intérêt général. Cela ne signifie pas que l'intérêt de la personne morale est identique à l'intérêt général. C'est ce que l'on peut vérifier par l'étude de deux phénomènes. Le premier touche au statut des collectivités publiques, notamment de l'Etat, lorsqu'elles revendiquent la prise en compte de leurs intérêts par les personnes morales de droit privé : c'est la question de l'Etat participant. Le second point est relatif à l'intérêt des institutions privées qui ont une activité d'intérêt général.

348 **L'Etat participant.** L'intérêt des collectivités publiques et particulièrement de l'Etat doit-il être pris en compte dans les décisions des personnes morales de droit privé ? Les modes d'intervention de l'Etat sont en principe différents de ceux offerts aux membres¹⁰⁴⁴. Des représentants de l'Etat sont cependant parfois présents dans les organes dirigeants, ce qui leur ouvre les voies du contrôle interne. Les fondations reconnues d'utilité publique comprennent d'ordinaire un tiers de représentants de l'Etat¹⁰⁴⁵. L'absence de disposition en ce sens dans les statuts risquerait fort de conduire à un refus de la reconnaissance d'utilité publique¹⁰⁴⁶. Le représentant de l'Etat est là pour contrôler que la fondation réalise son objet d'intérêt général. Sa présence n'est pas le signe d'une finalité d'intérêt général transcendante. La mission du représentant de l'Etat est la même que celle des autres administrateurs : gérer la fondation et défendre son intérêt. Une prépondérance des intérêts publics serait source de déséquilibres au sein de la fondation. On peut constater à ce propos que la pratique est hostile à la création de fondations par des collectivités publiques.

349 Le principal instrument de contrôle reste externe. Il s'agit de la tutelle administrative. Elle existe en matière de fondation reconnue d'utilité publique¹⁰⁴⁷. Dans ce cas c'est un mécanisme propre de défense des intérêts publics qui est mis en place et il n'est pas possible

1044 Lorsqu'il en existe.

1045 Sur la composition du conseil d'administration : M. POMEY, *Traité des fondations reconnues d'utilité publique*, PUF. 1980, p.162 sqq. ; V. GUEDJ, thèse précitée, n° 622 sqq.

1046 Voir V. GUEDJ, thèse précitée, n° 329.

1047 Voir V. GUEDJ, thèse précitée, n° 653 sqq. et n° 746 sqq.

de considérer l'Etat comme porteur d'un intérêt interne. Même en l'absence de pouvoir direct de l'autorité publique, il arrive qu'elle influence le comportement de personnes morales de droit privé. Ce phénomène se manifeste dans le domaine économique et concerne souvent des sociétés commerciales pour lesquelles l'instauration d'un système comparable à celui des fondations est impossible. Ni la présence de représentants des collectivités publiques, ni la tutelle administrative n'est envisageable dans un système libéral. Une doctrine a cependant soutenu que les agents économiques devaient prendre en considération l'intérêt général dans leurs décisions. On aura reconnu la doctrine de l'entreprise pour laquelle l'intérêt de la société est l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire une synthèse entre les intérêts des capitalistes, des salariés, des créanciers, des clients et des collectivités publiques¹⁰⁴⁸. Cette doctrine dépasse le cadre des sociétés pour s'appliquer à toutes les formes d'organisation de l'entreprise, y compris les associations. La forme sociale comme la forme associative sont le lieu d'interventions de l'Etat destinées à influencer le comportement des personnes morales de droit privé afin d'assurer la prédominance de l'intérêt général. Cette politique peut paraître bonne dans la mesure où le respect de l'intérêt général ne peut qu'être souhaité par tous. Cependant cette pratique a des effets pervers. Ils sont particulièrement visibles lorsque l'Etat est conduit à soutenir une entreprise en difficulté. Il existe des modes administratifs de soutien et de restructuration des entreprises dans ce cas¹⁰⁴⁹. Les collectivités publiques préfèrent dans certaines situations une intervention plus directe. Elles sont parfois dirigeantes de droit notamment dans les sociétés d'économie mixte¹⁰⁵⁰. Elles sont d'autres fois dirigeantes de fait¹⁰⁵¹. Ces pratiques exposent les personnes publiques à des risques graves en cas de procédure collective des organisations qu'elles ont soutenues parfois au-delà du raisonnable. Cela est évident lorsqu'elles sont dirigeantes de droit dans la mesure où cette qualité justifie leur poursuite sur le fondement de l'article L. 624-3 du Code de

1048 Voir J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. LOUSSOUARN, Bibl. dr. com. t. 8, Sirey 1967. Voir également : A. TUNC, *La société anonyme et l'intérêt général*, in *Jalons. Dits et écrits d'André Tunc*, Société de législation comparée 1991, p. 309.

1049 Voir M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Dalloz 1999, n° 503 sqq.

1050 Articles L. 1521-1 sqq. et notamment l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales.

1051 T. Com. Rouen, 10 mars 1981, D. 1981, IR. 337, obs. M. VASSEUR ; D. 1982.391, note P. AMSELEK ; RJC. 1984.153, note J. MESTRE ; RS. 1982., note J. G. ; JCP. CI 1983, II, 11307, obs. M. CABRILLAC, M. VIVANT.

commerce¹⁰⁵². Les sanctions fulminées contre les personnes morales de droit public dirigeantes de droit sont encourues également par ces institutions lorsqu'elles agissent en qualité de dirigeants de fait. C'est le cas notamment des incitations financières ou des injonctions politiques de poursuivre une exploitation déficitaire¹⁰⁵³. Le fait que des personnes morales de droit public imposant à des personnes morales de droit privé la prise en compte d'impératifs tirés de l'intérêt général soient sanctionnées permet d'observer que cette intégration n'est pas naturelle. La solution la plus satisfaisante est, en définitive, de considérer que l'Etat reste extérieur aux personnes morales de droit privé. Il peut inciter les dirigeants d'institutions privées à prendre en considération l'intérêt général dans leurs décisions mais ne saurait prendre leur place pour faire prévaloir son intérêt. Cette attitude serait sanctionnée en cas d'insuffisance d'actif due à la poursuite d'une activité déficitaire. L'Etat est, à l'instar des créanciers et des salariés, un tiers dont les intérêts restent étrangers à la personne morale de droit privé en dehors de certaines situations particulières comme à l'approche de l'ouverture d'une procédure collective. Il peut être dans ces situations considéré comme un participant.

350 L'intérêt général ne peut être imposé comme standard de conduite à une personne morale de droit privé. Son intérêt n'est pas nécessairement identique à celui de l'Etat et des collectivités publiques même si elle doit le respecter. Qu'en est-il lorsque l'institution privée poursuit par nature une activité d'intérêt général ?

351 **Activités d'intérêt général et objet des personnes morales de droit privé.** Une personne morale de droit privé peut avoir une activité d'intérêt général dès lors que l'intérêt général, qui s'est diversifié, n'est plus nécessairement de nature politique. L'intérêt général peut être social, moral voire économique¹⁰⁵⁴. Le phénomène n'est pas récent mais il a cessé d'inquiéter. Il y a un siècle Hauriou exprimait ses craintes de voir la sphère du droit public dépasser le domaine du politique¹⁰⁵⁵. Le Tribunal des conflits venait alors de reconnaître que les associations syndicales autorisées étaient des personnes morales de droit public. Hauriou critiquait la décision « d'incorporer à l'administration de l'Etat des entreprises qui ne sont

1052 Com., 16 février 1993, BC., IV, n° 66 ; TC. 2 juillet 1984, Rec. 449 ; D. 1984.545, note F. DERRIDA.

1053 T. Com. Rouen, 10 mars 1981, précité.

1054 En ce sens : D. TRUCHET, *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, préf. J. BOULOUIS, Bibl. de dr. pub. t. CXXV, LGDJ 1977, p. 290 sqq.

1055 Note sous TC., 9 décembre 1899, S. 1900.3.49.

pas d'intérêt public, mais seulement d'intérêt collectif, parce que la confusion du collectif et du public est proprement le fond de la doctrine collectiviste »¹⁰⁵⁶. Plusieurs catégories de personnes morales de droit privé ont aujourd'hui une activité d'intérêt général. Les associations syndicales de propriétaires libres, qui restent des groupements privés, ont notamment pour objet « toute amélioration ayant un caractère d'intérêt public, dans les villes et faubourgs, bourgs, villages ou hameaux »¹⁰⁵⁷. Elles peuvent également entreprendre « toute amélioration agricole d'intérêt collectif »¹⁰⁵⁸. Les fondations ont pour objet « la réalisation d'une œuvre d'intérêt général »¹⁰⁵⁹. Le problème pourrait se poser de la même manière si une association se donnait pour objet statutaire l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public¹⁰⁶⁰.

352 L'intérêt de la personne morale est-il identique à l'intérêt général lorsque la loi, ou ses statuts, assignent à l'organisation une activité d'intérêt général ? La réponse semble être négative. Dans tous les cas l'intérêt général est inclus dans l'objet de la personne morale : soit dans son objet légal (fondation), soit dans son objet statutaire (certaines associations). Pour écarter toute assimilation de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt général, il suffit de rappeler comme cela a déjà été fait pour les actions en justice¹⁰⁶¹ que les notions d'objet et d'intérêt sont distinctes¹⁰⁶². L'intérêt de la personne morale est le lien entre les éléments objectifs et subjectifs de l'organisation, entre son activité¹⁰⁶³ et sa finalité¹⁰⁶⁴. Il ne peut être réduit à l'un de ses deux aspects et notamment il ne saurait être limité à l'objet de l'organisation. Pour cette raison, s'il est permis à des personnes morales de droit privé d'avoir une activité d'intérêt général, elles ne seront pas pour autant à finalité d'intérêt général. L'association syndicale libre et la fondation sont des personnes morales de droit privé et il est à craindre que leur reconnaître un intérêt propre identique à l'intérêt public conduise à nier ce caractère privé.

353 Du point de vue substantiel, il est donc interdit de confondre l'intérêt de la personne morale et l'intérêt général. La distinction est

1056 Ibid.

1057 Article 1^{er}, 7^o de la loi du 21 juin 1865 relative aux associations syndicales.

1058 Article 1^{er}, 11^o de la loi du 21 juin 1865.

1059 Article 18 de la loi du 23 juillet 1987.

1060 Voir également l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales.

1061 Voir ci-dessus, n° 414.

1062 Voir ci-dessus, n° 184 sqq.

1063 Qui peut être d'intérêt général.

1064 Qui ne l'est pas s'agissant de personne morale de droit privé.

nette qui interdit d'intégrer l'intérêt général dans une définition de l'intérêt de la personne morale. Avant de conclure au rejet de la notion de transcendance de l'intérêt, il faut s'interroger sur l'existence d'une éventuelle différence structurelle : les deux types d'intérêts obéissent-ils à des règles de détermination identiques ?

II Différence structurelle

354 **Intérêt général et intérêt collectif.** L'intérêt général présente une première caractéristique qui le distingue de l'intérêt des personnes morales de droit privé : il est l'intérêt collectif des citoyens. Sa dualité le rapproche cependant de l'intérêt d'un groupement : il est à la fois l'intérêt d'une collectivité de citoyens et l'intérêt des citoyens¹⁰⁶⁵, de la même manière que l'intérêt de la personne morale est aussi l'intérêt de ses membres en tant que membres. L'intérêt général est donc toujours un intérêt collectif, ce qui n'est pas vrai de l'intérêt des institutions personnalisées du droit privé. L'EURL n'a qu'un seul membre et la fondation n'en a aucun. L'intérêt général est toujours celui d'un groupe même s'il peut ne concerner qu'un petit nombre d'individus¹⁰⁶⁶. Peut-on aller plus loin dans la distinction et affirmer que les modes de détermination des intérêts sont différents en droit public et en droit privé ?

355 **La technique du bilan.** Les intérêts en jeu au sein d'une personne morale de droit privé forment un ensemble homogène¹⁰⁶⁷. L'hétérogénéité constatée dans certains groupements, comme l'entreprise, semble être un obstacle à leur personnification. Aussi a-t-il été proposé de recourir à une technique développée en droit public pour faire apparaître l'intérêt propre de ces groupements. Il s'agit de la technique du bilan proposée par Monsieur Gaillard dans sa thèse sur *le pouvoir en droit privé*¹⁰⁶⁸.

356 En droit public, la technique du bilan est une méthode d'appréciation de l'utilité publique développée au début des années soixante-dix. Le Conseil d'Etat a affirmé le 28 mai 1971 qu' « une opération [d'expropriation] ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne

1065 Voir D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse dactyl., Bordeaux I 1975, p. 388 sqq.

1066 En ce sens : D. LINOTTE, thèse précitée, p. 402 sqq.

1067 Voir M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 3^{ème} éd., Sirey 1945, p. 147 sqq.

1068 E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, n° 302 sqq.

sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente »¹⁰⁶⁹. La méthode a été par la suite adoptée dans d'autres domaines que l'expropriation pour cause d'utilité publique¹⁰⁷⁰. Elle est apparue à certains auteurs de droit privé comme le mode dominant de détermination de l'intérêt général¹⁰⁷¹. L'intérêt général ne serait plus alors un intérêt supérieur qui dépasse les intérêts catégoriels mais deviendrait le résultat d'un bilan dans lequel les intérêts catégoriels sont des articles qui se compensent : selon que le solde est positif ou négatif l'intérêt général sera satisfait ou non. Il semble que cette proposition soit excessive. L'intérêt général n'est pas déterminé par la technique du bilan. Cette méthode permet uniquement de savoir si l'utilité publique est assez forte pour imposer des sacrifices à des intérêts privés. L'intérêt général reste un article du compte dressé par le juge administratif ce qui suppose qu'il soit déterminé au préalable. On peut même affirmer que la technique du bilan coûts-avantages permet de faire prévaloir l'intérêt général¹⁰⁷².

357 Ce constat conduit à douter de la pertinence de la transposition de la technique en droit privé. En effet, l'intérêt général est dans la balance du juge, alors que l'intérêt social conçu comme intérêt de l'entreprise est le résultat de l'opération, de cette pesée des intérêts. En réalité, lorsque l'intérêt des participants est pris en compte, ce n'est qu'à titre de limite apportée, de l'extérieur, à l'intérêt social conçu, en définitive, comme l'intérêt des membres du groupements personnifiés. Cette observation limite la pertinence de la comparaison avec le droit public. Or, c'est une méthode de définition de l'intérêt propre et transcendant des groupements non homogènes que proposaient les auteurs. Pour pouvoir adopter la technique du bilan, en matière d'entreprise notamment, il faudrait avoir, au préalable, une idée précise de ce qu'est l'intérêt de l'entreprise : comment le confronter autrement aux autres intérêts catégoriels¹⁰⁷³ ? La difficulté tient à ce que jusqu'à présent la définition de l'intérêt de l'entreprise s'est dérobée à toute analyse positive. Il est apparu, le plus souvent, comme l'intérêt de l'employeur limité par celui des

1069 CE., 28 mai 1971, Ville nouvelle Est, JCP. 1971, II, 16873, note A. HOMONT ; AJDA. 1971.463, conclusions G. BRAIBANT ; AJDA. 1971.404, note LABETOULLE et CABANES ; *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, par J. LACHAUME, PUF. 1996, p. 482.

1070 CE., 3 février 1992, Recueil p. 52.

1071 En ce sens : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 302 sqq.

1072 En ce sens : J.-M. PONTIER, article précité.

1073 Voir M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, LGDJ 1957, n° 272 sqq., qui recherche l'équilibre entre intérêt de l'entreprise et intérêts catégoriels (intérêts de l'entrepreneur, des salariés, des clients).

salariés mais en aucun cas comme un intérêt distinct entrant en compte avec ceux des salariés, de l'employeur et des tiers. Si le bilan coûts-avantages devait être utilisé, ce ne serait en définitive que pour fixer les limites des pouvoirs de l'employeur sans aucunement définir l'intérêt de l'entreprise. La proposition contraire relèverait, aujourd'hui, de l'idéologie : l'idéologie de l'intérêt général qui se diffuse en dehors de son domaine de validité¹⁰⁷⁴. Cette dernière critique ne vaut pas cependant pour la thèse de Monsieur Gaillard. Cet auteur ne participe pas au mouvement idéologique qui veut faire de l'entreprise une personne morale construite autour d'un intérêt propre qui résulterait de la synthèse des différents intérêts catégoriels. La position de Monsieur Gaillard est beaucoup plus pertinente. Elle consiste à proposer un autre mode d'organisation des relations juridiques que la personnalité morale dans le cadre de la notion de pouvoir¹⁰⁷⁵. Sa proposition ne vise donc pas à personnifier l'entreprise mais à reconnaître l'existence d'un pouvoir¹⁰⁷⁶ au sein de groupements dont l'hétérogénéité les rend rebelles à la personnification. Monsieur Gaillard traite ainsi de la famille et de l'entreprise. La famille ne semble pas être à sa place dans son étude car elle est un groupement homogène très différent de l'entreprise¹⁰⁷⁷. C'est donc un nouvel argument contre la personnalité morale de l'entreprise qu'apporte cette thèse¹⁰⁷⁸.

358 Cette brève étude du bilan coûts-avantages conduit à écarter l'idée d'un intérêt transcendant dont l'intérêt général serait sinon une composante du moins un modèle. L'intérêt général n'est pas intégré à l'intérêt des personnes morales de droit privé. Il n'est pas non plus susceptible de fournir une méthode pour définir avec sûreté l'intérêt des groupements non-homogène.

359 Pratiquement inconnue du droit positif, la transcendance fournit cependant un fondement à certaines théories de l'intérêt. Il s'agit, en réalité, d'un fondement bien fragile.

Section II Critique des théories de l'intérêt transcendant

360 **Proximité des théories de la réalité et de la fiction.** La notion de l'intérêt transcendant n'a pas disparu du débat juridique¹⁰⁷⁹. On peut même affirmer qu'elle est devenue un lieu commun du

1074 Fr. RANGEON, op. cit., p. 228 sqq.

1075 E. GAILLARD, thèse précitée, n° 285 et n° 302 sqq.

1076 Celui du chef d'entreprise.

1077 Voir ci-dessus, n° 234.

1078 A laquelle on pourrait joindre le groupe de sociétés ou d'associations.

1079 Sur la notion de transcendance : voir ci-dessus, n° 357 sqq.

discours relatif à la personnalité morale et au groupement¹⁰⁸⁰. Il s'agit même d'un lieu commun du discours de la théorie de la personnalité morale puisque l'on trouve des références à la notion de transcendance aussi bien chez les défenseurs de la fiction que chez ceux de la réalité.

361 Un exemple historique est particulièrement éclairant. Au XIII^e siècle, les canonistes concevaient les personnes morales comme des constructions de l'esprit¹⁰⁸¹. Ils n'en faisaient pas pour autant des fictions au sens actuel du terme car à cette époque la philosophie réaliste était dominante : les conceptions intellectuelles avaient une réalité reconnue¹⁰⁸². Il est intéressant alors de relever une distinction entre les personnes ecclésiastiques et les groupements de laïcs. Les *universitas* de laïcs sont dépendantes de leurs membres dans la sphère temporelle alors que les *universitas* de clercs leur sont au contraire supérieures de par leur origine dans le domaine spirituel¹⁰⁸³. En d'autres termes, la personne ecclésiastique est transcendante aux religieux qui la composent¹⁰⁸⁴. Au contraire, l'*universitas* de laïcs leur est immanente. L'intérêt de cet exemple est de démontrer qu'au sein d'une même théorie différentes conceptions peuvent coexister.

362 Un auteur favorable à la fiction peut défendre une conception transcendante de la personnalité morale¹⁰⁸⁵ tout comme un auteur soutenant que la personnalité morale est une réalité. Il est vrai qu'il est beaucoup plus rare de trouver une référence à la transcendance chez les tenants de la réalité que chez ceux de la fiction. L'histoire a montré déjà que chez les canonistes du XIII^e siècle, qui ignoraient la fiction au sens actuel du terme, la personne morale pouvait transcender ses membres. Un exemple tiré du droit des procédures collectives permettra de voir que réalité et transcendance peuvent cohabiter sans heurt. Ainsi, lorsque Monsieur Soinne critique l'idée d'une suppression de la masse après la réforme des procédures collectives de 1985, soutient-il que les créanciers continus d'être

1080 Pour une affirmation récente : N. LAVAL, *Intérêt collectif, ordre collectif*, in *Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme*, sous la direction de M. HECQUARD-THÉRON, CRIP/CEDH, PU de sciences sociales de Toulouse 1996, p. 155.

1081 Voir P. MICHAUD-QUENTIN, *Universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, Vrin 1970, p. 207 sqq.

1082 Ibid. On ne peut parler cependant de théorie de la réalité sans anachronisme dans la mesure où une théorie de la fiction était inconcevable dans un tel cadre conceptuel.

1083 Voir P. MICHAUD-QUENTIN, op. cit., p. 42. Si les citoyens forment la ville, les clercs ne forment pas l'Église.

1084 Voir P. MICHAUD-QUENTIN, op. cit., p. 206.

1085 Voir LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. I, Bruylant Marescq 1878, n° 288, qui adopte très nettement la théorie de la fiction légale.

réunis dans un groupement qui les transcende¹⁰⁸⁶. De la même manière, Messieurs Derrida, Godé et Sortais, pourtant souvent en désaccord avec Monsieur Soinne, affirment également de leur côté que l'intérêt collectif transcende l'intérêt individuel¹⁰⁸⁷. Cette idée permet d'expliquer la recevabilité de l'action en responsabilité dirigée contre un créancier antérieur¹⁰⁸⁸. Cette unanimité pour définir l'intérêt collectif comme transcendant est particulièrement remarquable dans un domaine où, dit-on, la théorie de la réalité a été reçue. On trouve des scories de la thèse de la transcendance jusque dans les propos des auteurs dont la pensée est par ailleurs dominée par l'idée d'immanence¹⁰⁸⁹.

363 Il semble que l'idée de transcendance réponde à une question qui n'est pas propre à la théorie de la fiction. Cette question est celle du passage de l'objectif au subjectif dans la terminologie du doyen Hauriou : comment passe-t-on de l'individualité objective à la personnalité subjective¹⁰⁹⁰ ? Autrement dit, comment passe-t-on d'une organisation à une personne morale ? En l'absence de réponse à cette question, les auteurs ont adopté une solution de facilité : il n'y a aucun lien, la personne morale transcende les éléments qui la composent. Cette opinion n'est pas logiquement liée à la théorie de la fiction. Elle exprime une conception transcendante de l'intérêt de la personne morale¹⁰⁹¹. C'est cette conception qu'il s'agit de critiquer maintenant. La notion de transcendance apparaît aussi critiquable dans son origine (§1) que dans ses effets (§2).

§ 1 L'origine de la transcendance

364 S'interroger sur l'origine de la transcendance revient à se demander si elle a une source identifiable. C'est aussi mettre en cause ses fondements rationnels éventuels. Cette double étude affaiblit la notion de transcendance dans la mesure où elle apparaît dénuée de toute assise formelle ou rationnelle.

1086 En ce sens : B. SOINNE, *Le bateau ivre*, PA. 16 mai 1997, p. 4.

1087 F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, avec la collaboration de A. HONORAT, 3^{ème} éd., Dalloz 1991, n° 510.

1088 Créancier appelé créancier dans la masse avant la réforme de 1985. Sur cette jurisprudence : voir ci-dessus, n° 307 sqq.

1089 Voir ci-dessus, n° 460 sqq.

1090 Problématique bien mise en évidence dans la première partie de son œuvre encore empreinte de volontarisme : M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGD. 1898.5 et 1898.119.

1091 Si les auteurs ne recourent pas nécessairement à la notion de transcendance l'idée est présente.

365 **La transcendance légale et la théorie de la fiction.** La théorie de la fiction connaît deux variantes très différentes¹⁰⁹². La première est dite de la fiction doctrinale et la seconde est appelée théorie de la fiction légale. Si la personnalité morale est une simple commodité de langage, comme le pensent les auteurs qui défendent la théorie de la fiction doctrinale, la question de l'origine de la transcendance ne se pose pas. La personnalité morale est une création de la doctrine qui convient de considérer un ensemble de personnes comme une seule personne. Il s'agit d'une simple convention dont la nature transcendante ou immanente est indifférente¹⁰⁹³.

366 La théorie de la fiction légale¹⁰⁹⁴ est liée au système de la concession. Seul le législateur peut créer des fictions¹⁰⁹⁵. Il a donc une compétence exclusive en matière de création de personnes morales. L'onction étatique serait alors la manifestation de la transcendance de l'intérêt de la personne morale. L'octroi de la personnalité morale par la loi peut être réalisé à titre individuel : chaque personne morale doit être autorisée par la loi. Le système est très complexe et autoritaire¹⁰⁹⁶. Il ne se trouve plus aujourd'hui en droit privé français¹⁰⁹⁷. Il existe des variantes plus libérales du système de la concession : il s'agit du système formaliste et du système de la libre constitution¹⁰⁹⁸. La loi est toujours compétente pour créer les catégories de personnes morales mais elle n'est pas nécessaire à la création de chaque individu. Elle subordonne seulement l'apparition

1092 Pour une critique de la distinction : J. BONNECASE, *Supplément au Traité de G. BAUDRY-LACANTINERIE*, t. IV, Sirey 1928, p. 38 sq.

1093 On peut également remarquer la proximité qui existe entre théorie de la fiction doctrinale et théorie de la réalité. C'est en définitive d'une prise de position de type philosophique que dépend l'appartenance à l'une ou l'autre doctrine : le penseur réaliste défendra la théorie de la réalité car même si la personnalité est une convention de droit, une commodité de langage, elle existe en tant que telle ; le nominaliste au contraire niera sa réalité.

1094 Dont l'apparition remonte à la révolution française. Sur ce point : A.-M. PATAULT, *La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie*, Droits 1993, n° 17, p. 79.

1095 En ce sens : LAURENT, op. cit., n° 288.

1096 En ce sens : V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, Bruylant, Bruxelles 1996, n° 81.

1097 Le régime actuel des congrégations reste cependant marqué par ce système qui leur a été appliqué jusqu'en 1942 : article 13 de la loi du 1^{er} juillet 1901 dans sa rédaction issue de la loi du 8 avril 1942. Cela n'interdit pas cependant à la loi de créer des personnes morales à titre individuel. Elle l'a fait pour la Fondation du Patrimoine (loi du 2 juillet 1996). En droit public la Constitution elle-même ne donne compétence à la loi que pour la création de catégories d'établissements publics (article 34) : elle n'a de monopole que dans la création des espèces et non des individus. Sur l'acquisition de la personnalité morale en droit administratif : F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, préf. J.-A. MAZÈRES, Bibl. dr. Pub. t. 176, LGDJ 1997, p. 120 sqq.

1098 Sur ces systèmes : V. SIMONART, thèse précitée, n° 81.

de la personnalité morale à certaines conditions qu'elle détermine. La différence entre les deux systèmes tient à ce que, dans la variante formaliste, une condition de publicité est imposée. Le droit français a adopté le plus souvent le système formaliste. Il faut se garder cependant de conclure que le droit français a consacré la théorie de la fiction. Tout d'abord, la succession de lois spéciales n'autorise pas le passage du quantitatif au qualitatif¹⁰⁹⁹ : l'affirmation ou la négation de la personnalité morale d'organisations par de nombreux textes ne permet pas de reconnaître à la loi le monopole de la création des personnes morales. Ensuite, la compétence de fait, voire de droit, de la loi ne signifie pas nécessairement que la loi intervient pour conférer un caractère transcendant à la personne morale et à l'intérêt qu'elle exprime. Cela est d'autant moins le cas que l'essentiel des dispositions légales relatives aux institutions personnifiées ont pour objet leur organisation. La question de la personnalité morale elle-même retient peu l'attention du législateur. Enfin, la jurisprudence semble hostile à ce système lorsqu'elle affirme que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi »¹¹⁰⁰.

367 A propos d'un contresens historique. Si dans un premier temps les groupements ont joui à Rome d'une grande liberté, ils ont été soumis à la fin de la République à une procédure d'autorisation¹¹⁰¹. L'autorisation était nécessaire non seulement à l'acquisition de la personnalité morale mais aussi à leur licéité : ainsi étaient liées licéité et personnalité des groupements à Rome¹¹⁰². Il n'est donc pas permis de rattacher le droit romain au système de la concession¹¹⁰³, dans la mesure où ce système distingue la licéité d'un groupement de sa personnalité morale.

368 La transcendance naturelle et la théorie de la réalité. Le lien qu'il s'agit ici de faire apparaître est moins évident que celui qui existe entre théorie de la fiction légale et transcendance d'origine

1099 En ce sens : G. CORNU, *Introduction. Les personnes. Les biens*, 10^{ème} éd., collection Domat Droit privé, Montchrestien 2001, n° 787.

1100 Civ. II, 28 janvier 1954, JCP. 1954, II, 7878, conclusions LEMOINE ; D. 1954.217, note G. LEVASSEUR ; D. Soc. 1954.161, note P. DURAND. Formule reprise par la suite : voir pour le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 17 avril 1991, BC., V, n° 206 ; JCP. E 1991, II, 229, note H. BLAISE ; D. Soc. 1991.516 ; DO. 1992.139, note J. GRINSNIR.

1101 Sur le droit romain de la personnalité morale : R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, éd. Domat Montchrestien 1947, réimpression de la 6^{ème} éd., Scientia Verlag Aalen 1970, n° 243.

1102 Voir ci-dessus, n° 19 sqq. Une règle analogue existait sous l'ancien régime (voir ci-dessus, n° 23 sqq.).

1103 Un tel rattachement risquerait de s'exposer par ailleurs au grief d'anachronisme.

légale. Trois indices autorisent cependant à affirmer que la théorie de la réalité n'est pas incompatible avec l'idée d'un intérêt et d'une personne morale transcendants.

369 Lorsque des auteurs considèrent que l'intérêt de la masse de créanciers¹¹⁰⁴ est un intérêt transcendant celui des créanciers¹¹⁰⁵, il est impossible de retenir une source légale à cette transcendance. Lorsqu'on reconnaît la transcendance dans un domaine où la théorie de la réalité est considérée comme consacrée, il serait contradictoire d'affirmer que la source de cette transcendance est légale. On sortirait alors du cadre de la théorie dont la raison d'être est essentiellement de rendre inutile l'intervention du législateur. La transcendance ne peut être que naturelle dans ce cas. Elle a une origine non législative. Elle apparaît en définitive comme liée à la nature même de l'intérêt et à celle de la personnalité morale. De cette idée d'une source extralégale à celle d'un droit naturel de la personnalité morale il n'y a qu'un pas.

370 L'idée d'un droit naturel de la personnalité morale n'est pas critiquable en soi¹¹⁰⁶. L'existence d'un droit naturel à la personnalité morale¹¹⁰⁷ est parfois expressément invoquée en doctrine¹¹⁰⁸. Elle est parfois implicite¹¹⁰⁹. Cependant, en ce qu'elle est l'expression du droit naturel moderne à tendance transcendante et non du droit naturel classique de nature immanente, elle trahit la pénétration de la notion de transcendance dans les théories favorables à la réalité. La reconnaissance de la personnalité morale résulterait alors d'une

1104 La même réflexion pourrait être formulée à propos de la masse des obligataires depuis que l'action collective exercée par les représentants de la masse a été consacrée par la Cour de cassation : Com., 15 juin 1999, D. Affaire 1999.1297, note M. BOIZARD ; B. Joly Bourse 1999, § 97, note A. COURET ; B. Joly 1999, § 216, note Ph. MERLE ; PA. 3 novembre 1999, n° 216, p. 16, note J.-L. COURTIER ; PA. 14 février 2000, p. 12, note A.-L. ARCHAMBAUD ; Dr. Soc. 1999, Comm. 169, note D. VIDAL (qui compare la solution à celle adoptée en 1976 à propos de la masse des créanciers) ; RS. 1999.640, note Y. GUYON.

1105 En ce sens : F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, op. cit., avec la collaboration de A. HONORAT, n° 510, 3^{ème} éd., Dalloz 1991 ; B. SOINNE, *Le bateau ivre*, PA. 16 mai 1997, p. 4.

1106 Voir A. DUFOUR, *La théorie de la personne morale dans la pensée juridique allemande du XIX^e siècle*, in *Personne, société et nature. La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, sous la direction de B. SCHMIDLIN, éd. universitaires Fribourg 1996, p. 80 sqq.

1107 Et non seulement de la personnalité morale.

1108 Voir spéc. : P. DURAND, note sous Civ., 28 janvier 1954, D. Soc. 1954.161 ; M. COHEN, *La personnalité morale du comité de groupe*, D. Soc. 1983.670, qui qualifie la personnalité civile de « droit naturel subjectif ».

1109 Ainsi chez René Savatier : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3^{ème} éd., Dalloz 1964, n° 125 sqq., spéc. n° 155, qui affirme que la famille est une personne naturelle qui existe avant toute construction juridique.

norme rationnelle préexistante au droit positif. Une telle conception n'est cependant pas soutenable.

371 Le Conseil constitutionnel dans sa décision rendue à propos de la liberté d'association a peut-être fourni un argument en faveur d'un droit à la personnalité morale en reconnaissant la liberté d'association le statut de principe fondamental reconnu par les lois de la République¹¹¹⁰. Il a en particulier déclaré non conformes les restrictions et obstacles de nature administrative mis sur le chemin de fondateurs d'associations¹¹¹¹. Le Conseil constitutionnel a pourtant sans doute dépassé la simple protection de la liberté d'association. En effet, il ne faut pas confondre liberté d'association et droit à la personnalité morale : seule est reconnue et protégée par la loi de 1901, la liberté de se grouper au sein d'une association. Cette garantie ne s'étend pas à la création d'un sujet de droits nouveau¹¹¹². Restreindre l'accès à la personnalité morale n'est pas une atteinte à la liberté d'association. La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer récemment en rappelant la nécessité de se soumettre aux formalités de la déclaration pour accéder à la vie juridique¹¹¹³. Cette critique du droit naturel à la personnalité morale n'atteint pas cependant l'idée même de droit naturel notamment dans sa conception classique¹¹¹⁴. Elle conduit seulement à relativiser la prépondérance de la personnalité morale dans le droit actuel. La personnalité morale n'est pas imposée par une nécessité rationnelle *a priori* : on peut imaginer un système juridique qui ignorerait la personnalité morale.

372 **La notion de synthèse des intérêts.** L'intégration des intérêts¹¹¹⁵ est une opération assez mystérieuse qui doit permettre l'unification d'intérêts hétérogènes. Un bref retour sur la doctrine de l'entreprise permet de comprendre l'effet que l'on recherche par ce moyen. Elle confirmera l'idée selon laquelle il n'y a pas de contradiction logique entre théorie de la réalité et transcendance.

373 A plusieurs reprises, le même constat a déjà été dressé : l'intérêt de l'entreprise ne ressemble guère à celui des autres

1110 Décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^{ème} éd., Dalloz 1997, p. 249.

1111 Le texte prévoyait la possibilité pour le préfet de surseoir à la délivrance du récépissé en cas de doute sur la légalité des buts de l'association.

1112 En ce sens : P. HOANG, *La protection des tiers face aux associations, contribution à la notion de « contrat-organisation »*, thèse dactyl., Paris II 2000, n° 5. Voir A. DEBET, *La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil*, thèse dactyl., Paris II 2001, n° 473.

1113 Crim., 16 novembre 1999, D. 2000, IR. 22 ; B. Joly 2000, §176, note E. GARAUD.

1114 Celle de saint Thomas d'Aquin et de Michel Villey.

1115 Sur cette notion : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 300 sq.

personnes morales¹¹¹⁶. Même si l'on admet son existence, force est de relever qu'il n'est pas un intérêt homogène. Les intérêts des salariés, de l'employeur, des créanciers et des consommateurs se rencontrent au sein de l'entreprise. Ils ne sont pas identiques. Dès lors deux solutions sont envisageables : soit l'intérêt de l'entreprise est le résultat d'un bilan, soit il est transcendant aux intérêts individuels¹¹¹⁷. Ils ne peuvent donc être unifiés que de l'extérieur puisqu'il ne portent pas en eux le ferment de leur unité. L'intérêt de l'entreprise permet d'imposer des sacrifices à certaines catégories de personnes intéressées. Il est donc supérieur à chacun des intérêts individuels. On retrouve ainsi les deux traits essentiels de la transcendance à savoir la supériorité et la différence de nature. Cela n'a pas empêché certains auteurs de soutenir que l'entreprise pouvait se voir reconnaître la personnalité morale¹¹¹⁸. La théorie de la réalité pouvait seule justifier cette position dans le cadre de la doctrine traditionnelle¹¹¹⁹ car aucun texte de loi n'a consacré la personnalité morale de l'entreprise. Théorie de la réalité et transcendance sont réunies dans le cadre de la doctrine de l'entreprise personne morale. Ainsi se trouve confirmée l'idée de la compatibilité des deux courants doctrinaux.

374 Il reste que le moyen par lequel est réalisée l'unification des intérêts hétérogènes en jeu dans l'entreprise n'est pas expliqué. Il reste mystérieux si ce n'est mystique : il reste caché aux yeux de la doctrine qui n'adhère pas *a priori* à la thèse de la transcendance¹¹²⁰. Les opérations de synthèse ou fusion des intérêts sont inconnues en droit¹¹²¹. En définitive il s'agit de prise de position métajuridique qu'il est préférable de rejeter¹¹²².

375 Aucune de ces tentatives de justification des théories de la transcendance n'est apparue convaincante. Les conséquences que l'on

1116 Voir ci-dessus, n° 234, n° 351.

1117 Sur l'alternative : G. COUTURIER, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF 1992, p. 143.

1118 Au premier rang de ces auteurs figure Despax : *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n° 1, LGDJ 1957, n° 351 sqq.

1119 Despax fait expressément référence à l'arrêt de la Cour de cassation pour fonder sa doctrine du sujet de droit naissant : op. cit., n° 351.

1120 Des économistes aboutissent à une conclusion analogue lorsqu'ils étudient la notion d'intérêt collectif ou celle d'intérêt général. Voir D. VILLEY, *Notes de philosophie économique. Le jeu des intérêts*, Cours de DES 1958-1959, p.159 (à propos de l'intérêt collectif) ; K. ARROW, *Choix collectifs et préférence individuelles*, collection Perspectives de l'économie-critique, Calmann-Lévy 1974 (à propos de l'intérêt général).

1121 Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Bibl. dr. de l'entreprise n° 38, Litec 1998, n° 197

1122 La méthode adoptée pour conduire ici l'étude la personnalité ne permet pas de déclarer recevables des arguments aussi empreints d'a priori philosophique.

prétend en tirer ne permettent pas de sauver cette conception de l'intérêt et de la personnalité morale.

§ 2 Les conséquences de la transcendance

376 La principale conséquence de la notion de transcendance est de permettre l'affirmation d'un principe de séparation stricte entre la personne morale et ses membres¹¹²³. Elle n'a donc qu'une vertu explicative limitée qui a conduit la doctrine à envisager un nombre toujours plus grand d'exceptions au détriment du principe. La notion de transcendance provoque de graves distorsions entre le droit positif et le discours juridique.

377 **Un principe de séparation stricte.** La personne morale a une personnalité distincte de celle de ses membres ou de ses bénéficiaires. La personne morale est dotée d'un patrimoine distinct de celui de ses membres, des personnes qui l'ont créée ou qui la font vivre. Il y a une séparation certaine entre la personne morale et ses fondateurs et/ou ses membres¹¹²⁴. Cette idée de séparation à un double sens : elle est aussi bien personnelle que patrimoniale. Cette affirmation se retrouve tant en jurisprudence¹¹²⁵ qu'en doctrine¹¹²⁶. Elle n'est pas liée à l'une ou l'autre théorie de la personnalité morale. C'est là sa force. Aucun auteur ne critique cette idée en dehors de ceux qui nient toute existence fictive ou réelle au concept¹¹²⁷. On peut cependant affirmer que le renforcement de l'idée de séparation est lié au développement de la théorie de la fiction¹¹²⁸. En effet, traiter la personnalité morale comme une fiction conduit à nier l'idée d'un substrat et à ne conserver que l'idée d'unité¹¹²⁹. L'unité est alors pensée indépendamment de la substance qui la fonde. Ce mouvement a conduit la doctrine à avoir une conception stricte de la séparation entre la personne morale et ses membres. Les auteurs ont dû admettre que, malgré le principe de séparation de la personne morale et de ses membres, il existait quelques tempéraments¹¹³⁰. Toute solution qui

1123 Lorsqu'il en existe.

1124 Sur le principe de séparation voir ci-dessous, n° 565 sqq.

1125 Voir par exemple : Com., 9 décembre 1997, BC., IV, n° 332 ; JCP. 1998, I, 163, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; Paris 9 février 1999, RS. 1999.412, obs. Y. GUYON.

1126 Voir B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 13 sqq.

1127 Sur cette thèse : voir ci-dessus, n° 34.

1128 En ce sens : R. SALEILLES, *Etudes sur les sociétés en commandite*, Annales de droit commercial 1895, p. 10 sqq., p. 64 sqq et 1897, p. 29.

1129 En ce sens : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., Rousseau 1922, p. 362 sq.

1130 Voir notamment : M. GÉGOUT, *Des conditions auxquelles est subordonnée l'indépendance d'une société par actions et de celle de son principal actionnaire*, J.S. 1933.385.

aboutissait à faire surgir à nouveau les membres ou d'autres éléments constitutifs de l'organisation a été interprétée comme une exception à la personnalité morale¹¹³¹. Le nombre de ces exceptions n'a cessé de croître au point que l'on peut s'interroger sur la valeur du principe.

378 **Exceptions et incohérences.** Les exceptions que l'on prétend apporter à la au principe de séparation et à la personnalité morale elle-même révéleraient la relativité du concept. Il ne s'agit pas de faire ici la critique de la théorie de la relativité de la personnalité morale¹¹³². Cette étude sera un des objets essentiels de la reconstruction de la théorie de la personnalité morale qui sera entreprise dans la seconde partie de la thèse. Il suffira ici de faire apparaître le lien qui unit les théories de l'intérêt transcendant et celles qui admettent la relativité et la variabilité de la personnalité morale.

379 Au sein d'une même catégorie de personne morale, il serait possible d'écarter la personnalité de l'organisation lorsqu'il y a abus, fraude ou simulation : la personne morale serait empreinte de relativité. Certains auteurs proposent par ailleurs une remise en cause systématique de la personnalité morale en recourant à la notion de contrôle¹¹³³. Le risque est alors de ne pas donner de solutions fiables. La relativité de la personnalité morale est une conséquence de la théorie de la transcendance en ce qu'elle proclame l'indépendance de la personne morale par rapport à ses éléments constitutifs. Totalemment et parfaitement séparée de ses éléments constitutifs et notamment des personnes qui la font fonctionner, la personne morale est niée lorsque l'on fait dépendre une partie de son régime de qualités propres à ses membres ou de la nature des biens qui composent son patrimoine. Cette conception de la personnalité morale ne peut concevoir de lien entre les éléments constitutifs de l'organisation et le régime de l'institution personnifiée.

380 L'idée de transparence est liée aussi à celle de variabilité : la transparence est variable d'une personne morale à l'autre. Ce sera la tâche essentielle d'une théorie cohérente de la personnalité morale que de fournir des instruments fiables¹¹³⁴. Dès lors que le régime des personnes morales n'est pas identique d'une espèce à l'autre il faut tenter d'expliquer les raisons de cette variabilité. Si l'on pense la personne morale indépendamment de ses éléments constitutifs l'objet

1131 Sur ces phénomènes dits de transparence : voir ci-dessous, partie II titre II.

1132 Sur ces points : voir ci-dessous, partie II titre II.

1133 En ce sens : J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. priv. n° 149, LGDJ 1977, n° 87 sq.

1134 Voir ci-dessous, partie II.

de cette variabilité devient la personne morale elle-même. Il est alors très difficile de déterminer le contenu exact du régime des institutions personnifiées. La loi pourrait fournir un régime précis mais cela ne serait exact que dans le cadre de la théorie de la fiction légale. En dehors de cette théorie il est impossible de fournir une conception fiable qui permette de déterminer dans quelle mesure on doit reconnaître la personnalité à une organisation. Le lien entre la variabilité et la théorie de la fiction ôte par ailleurs son principal intérêt à l'idée d'une personnalité variable qui est de reconnaître la personnalité morale à des institutions qui ne présentent pas tous les caractères traditionnellement attachés à la qualité de sujet de droits¹¹³⁵. La théorie de la variabilité de la personne morale remet en cause l'espoir de voir se constituer un droit commun de la personnalité morale. Si son régime varie d'une espèce à l'autre en fonction des besoins pratiques il peut paraître difficile de définir ce qui est de son essence. Le vice de cette opinion est de ne pas pouvoir concevoir que la variabilité atteigne la capacité et l'organisation. La variabilité n'atteint pas la personnalité morale elle-même¹¹³⁶.

381 Tous les auteurs n'ont pas choisi cette voie. Certains ont préféré cantonner la personnalité. Ainsi Michoud et Saleilles ont-ils renoncé à voir dans certaines sociétés des personnes morales¹¹³⁷. Il s'agit d'un procédé connu de l'épistémologie générale dont le droit fournit ici un exemple intéressant¹¹³⁸. Ce cantonnement ou cloisonnement « revient à nier l'universalité des lois ou à accorder, pour sauver quelques certitudes, des dérogations arbitraires à ces lois »¹¹³⁹. Il n'est guère satisfaisant d'un point de vue méthodologique. Il est aujourd'hui clairement condamné par le droit positif qui reconnaît expressément la personnalité morale de la société civile et de la société en nom collectif¹¹⁴⁰.

1135 Voir à propos de la famille : G. CORNU, *Introduction. Les personnes. Les biens*, 10^{ème} éd., collection Domat droit privé, Montchrestien 2001, n° 789.

1136 Voir ci-dessous, n° 742 sqq. Le Doyen Carbonnier avait eu l'intuition de cette idée lorsqu'il soutenait que la personnalité morale atténuée de la famille n'était pas due à une faiblesse de l'intérêt collectif mais à une imperfection de l'organisation : J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de l'université Y. Cadoret 1932, p. 116 sqq. spéc. p. 118 et p. 346.

1137 R. SALEILLES, *Etudes sur les sociétés en commandite*, article précité ; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 65 sqq., spéc. n° 73.

1138 Sur ce procédé : B. JARROSSON, *Invitation à la philosophie des sciences*, Points Sciences, Seuil 1992, p. 186.

1139 Ibid.

1140 Articles 1842 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce.

382 Quelle que soit la voie empruntée, le résultat n'est pas pleinement convaincant. C'est surtout l'incohérence du système ainsi élaboré qui laisse insatisfait¹¹⁴¹. Comment dégager des solutions fermes, si l'on ne dispose d'aucun instrument fiable ? Qu'est-ce que la personnalité morale, si elle devient elle-même une notion à contenu variable ? Considérer la personnalité morale comme un concept mou conduit à la ruine de l'institution et peut-être à la ruine du droit comme science. D'une part, si l'on entend par standard une notion juridique dont le contenu est défini par renvoi à un autre système normatif, force est de constater que le concept de personne morale est strictement juridique et ne peut être défini par référence à aucun autre système normatif. L'idée d'une personnalité morale à contenu variable n'a donc qu'un sens polémique ou au mieux la valeur d'un argument par l'absurde. D'autre part, le statut scientifique de la matière est en cause si l'on reçoit sans critique une théorie incohérente. La cohérence est en effet la vertu première d'une discipline scientifique. Aucun savoir ne peut prétendre au statut de science sans présenter une certaine cohérence¹¹⁴².

383 **Conclusion : rejet de la notion de transcendance.** On pourrait imaginer de reconnaître un domaine propre à la transcendance et à l'immanence. Au Moyen Âge la structure juridique d'un groupement personnifié « dépend[ait] entièrement de ses membres dans la sphère du temporel, et leur [était] au contraire supérieure dans son origine quand il s'agit du domaine spirituel »¹¹⁴³. La personnalité morale ecclésiastique était donc transcendante¹¹⁴⁴. On a également proposé de distinguer les personnes morales artificielles et les personnes morales naturelles¹¹⁴⁵. Une telle distinction pourrait justifier une différence de traitement entre les personnes morales fondatives et les personnes morales corporatives : les premières seraient des fictions dont la personnalité juridique serait subordonnée à une autorisation des pouvoirs publics ; les secondes seraient des réalités qui existeraient sans reconnaissance d'une autorité supérieure¹¹⁴⁶. Aucune de ses propositions ne semble cependant totalement convaincante. La première doit être rejetée en ce quelle ne

1141 Bruno Oppetit a magistralement démontré les incohérences qui découlent d'une conception stricte du principe de séparation : B. OPPETIT, thèse précitée, p. 268 sqq.

1142 En ce sens : K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot 1973, p. 90 sq.

1143 P. MICHAUD-QUANTIN, op. cit., p. 42.

1144 En ce sens : P. MICHAUD-QUANTIN, op. cit., p. 206 et p. 342.

1145 Voir R. CLÉMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Sirey 1935, p. 209. Peut-être s'agit-il d'une scorie de droit naturel.

1146 Voir Fr. ZÉNATI, RTDCiv. 1987.803.

concerne que des personnes morales ecclésiastiques auxquelles le droit laïc ne saurait reconnaître une nature particulière. La seconde suppose une hétérogénéité des personnes morales et rompt l'unité de la théorie de la personnalité morale. Elle semble donc ne pas pouvoir être reçue : il n'y a aucune raison de distinguer entre les personnes morales fondatives et les personnes morales corporatives. En définitive, à l'exception des rares cas où des personnes morales sont exceptionnellement recevables à agir dans un intérêt général, la notion de transcendance doit être écartée du débat relatif à la nature de l'intérêt de la personnalité morale. Cela ne signifie pas cependant que la recherche doive être abandonnée ici¹¹⁴⁷ : cela signifie simplement qu'il est préférable de se placer sur un autre terrain.

1147 Comparer avec B. DONDÉRO, *Les groupements sans personnalité juridique en droit privé*, thèse dactyl., Paris X 2001, n° 176 sqq. spéc. n° 195, qui constate que l'idée d'un intérêt transcendant apparaît comme un mythe. L'auteur en déduit que la notion d'intérêt propre n'est pas une condition de la personnification d'un groupement. Une autre voie sera emprunter ici, qui consiste à redéfinir la notion d'intérêt propre.

Chapitre II Intérêt et immanence

384 Le rejet des théories de l'intérêt transcendant conduit à rechercher un fondement plus solide à la théorie de la personnalité morale du côté de la notion d'immanence. Au-delà de sa supériorité théorique sur la transcendance, l'immanence présente l'avantage de mieux rendre compte de ce qu'est la personnalité morale dans le droit positif français actuel. L'immanence trouve dans le droit positif et dans la théorie du droit de nombreuses manifestations tant du point de vue substantiel (section I), que du point de vue processuel (section II).

Section I Manifestations substantielles de l'immanence

385 Si elle n'est pas pour autant une notion du droit positif mais seulement de la science du droit, la notion d'immanence permet une compréhension plus exacte de la théorie de la personnalité morale. Il convient en conséquence de distinguer ce qui relève de la théorie du droit (§1) de ce qui relève du droit positif¹¹⁴⁸ (§2).

§1 L'immanence en théorie générale du droit.

386 **Définition de l'immanence.** *Immanence* est l'antonyme de transcendant. Est immanent ce qui « est contenu dans la nature d'un être »¹¹⁴⁹. Contrairement au terme *transcendant* celui d'*immanent* est rare dans le langage courant. Il relève davantage du vocabulaire philosophique et théologique¹¹⁵⁰. En philosophie, « est immanent à un être ou à un ensemble d'êtres ce qui est compris en eux, et ne résulte pas chez eux d'une action extérieure »¹¹⁵¹. Comme la transcendance, l'immanence implique une distinction mais elle refuse toute séparation stricte : il y a identité de nature. Appliquée à la notion d'intérêt, l'immanence signifie que l'intérêt de la personne morale n'est pas d'une autre nature que celui des personnes qui l'ont créée et/ou qui la font fonctionner : ils ne sont pas radicalement différent quant à leur contenu.

387 Les auteurs qui voient dans l'intérêt de la personne morale une somme d'intérêts individuels rejettent nécessairement toute idée de transcendance. Si l'intérêt de la personne morale n'est qu'une addition d'intérêts individuels il ne saurait être d'une nature différente. Cependant cette conception de l'intérêt n'a pu être

1148 Il s'agira toujours d'une construction de la science du droit et non plus à partir de présupposés non démontrés mais à partir d'une étude du droit positif.

1149 Le petit Robert, V° *Immanence*.

1150 *Trésor de la langue française*, V° *Immanence*, t. IX, CNRS 1981.

1151 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, V° *Immanent*.

retenue¹¹⁵². Il convient alors de trouver une autre formulation de la notion d'immanence.

388 Les auteurs qui font expressément référence à la notion d'immanence sont peu nombreux¹¹⁵³. R. Clémens a exprimé clairement l'idée de « finalité immanente aux sujets » dans son ouvrage relatif à la personnalité morale¹¹⁵⁴. Un auteur l'a également affirmée dans le cadre d'une étude de théorie générale : il s'agit de George Gurvitch¹¹⁵⁵. Pour Gurvitch, la personnalité est une réalité immanente et non transcendante aux membres¹¹⁵⁶. Il est assez proche d'Hauriou dont il reconnaît l'apport décisif à la construction d'une théorie objective du droit¹¹⁵⁷. Il reconnaît dans la personnalité morale d'Hauriou l'« idée de personne collective complexe, comme totalité immanente organisée »¹¹⁵⁸. René Worms a formulé une théorie sociologique de type organiciste proche de l'idée d'immanence¹¹⁵⁹. Il affirme notamment qu'il souhaite prouver « que les organismes individuels forment, par leur réunion en société, un nouvel être plus complexe qu'eux mais analogues à eux »¹¹⁶⁰.

389 Hauriou semble proche de l'idée d'immanence lorsqu'il est à la recherche d'une théorie objective du droit et notamment de la personnalité morale. Il écrit notamment qu'« il n'y a pas d'institution corporative sans un groupe d'intéressés »¹¹⁶¹. Hauriou insiste à plusieurs reprises sur le « triple mouvement d'intériorisation, d'incorporation et de personnification »¹¹⁶² et sur la nécessaire

1152 Voir ci-dessus, n° 277 sqq.

1153 Voir cependant O. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887, p. 624, qui emploie l'expression de « Gemeinwesen immanenten Persönlichkeit ».

1154 R. CLÉMENS, op. cit., p. 109 notamment. Voir également : p. 259 : les personnes juridiques « sont les manifestations juridiques des être qui les supportent ».

1155 G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notions et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, préf. de L. LE FUR, Sirey 1932, p. 544 sqq. et p. 633. Sur l'idée du droit social : A. GARAPON, *L'idée du droit social : Georges Gurvitch*, in *La force du droit : panorama des débats contemporains*, sous la direction de P. BOURETZ, éditions Esprit 1991, p. 215.

1156 G. GURVITCH, op. cit., spéc. p. 544 sqq. Il se rapproche sur ce point de Gierke dont il fait un tenant de l'immanence (ibid., p. 535 sqq.). Voir également : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 149, qui écrit que l'association est, en vue de [son] but, dotée d'une organisation immanente à son être ».

1157 G. GURVITCH, op. cit., p. 684 sqq.

1158 G. GURVITCH, op. cit., p. 692.

1159 R. WORMS, *Organisme et société*, Giard et Brière 1896. Il s'agit d'une œuvre de sociologie et non de droit.

1160 R. WORMS, op. cit., p. 12.

1161 M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, Cahier de la Nouvelle Journée n° 4, *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud et Gay 1925, p. 16.

1162 M. HAURIOU, art. cit., p. 21.

communion au contact de l'idée¹¹⁶³ dans la théorie de la personnalité. Toutes ces idées au contenu un peu vague manifestent l'attachement d'Hauriou à une conception immanente de la personnalité morale¹¹⁶⁴. La personnalité juridique « suppose une individualité sous-jacente, qu'elle vient compléter en définissant ce qui lui est propre, mais qu'elle ne constitue pas entièrement »¹¹⁶⁵. De la même façon pour Renard « si l'institution déborde la personne humaine, c'est en elle pourtant qu'elle prend sa source et son élan »¹¹⁶⁶. L'importance de la question du substratum chez d'autres auteurs du début du vingtième siècle est certainement une manifestation de l'immanence dans la théorie de la personnalité morale¹¹⁶⁷.

390 Plus récemment Monsieur Louis Boré a affirmé qu'« entre les intérêts individuels et des intérêts collectifs, il n'y a ni identité, ni opposition absolue »¹¹⁶⁸. S'il existe bien une distinction formelle entre les intérêts collectifs, et plus généralement les intérêts des personnes morales, et les intérêts individuels, il n'y a pas pour autant de différence de nature entre eux. La légitimité immanente est une légitimité issue des membres¹¹⁶⁹ de l'association et plus généralement des individus qui forment la substance de la personne morale.

391 Dès lors que la notion d'immanence s'impose sur le terrain de la théorie du droit, il est possible d'en rechercher les manifestations en droit positif de la personnalité morale.

§ 2 L'immanence dans le droit de la personnalité morale

1163 M. HAURIOU, art. cit., p. 19 sq.

1164 En ce sens : G. GURVITCH, op. cit., p. 692, qui reconnaît dans la personnalité morale d'Hauriou (dans sa dernière période) « l'idée d'une personnalité collective complexe, comme totalité immanente organisée. Voir pourtant : N. MAC CORMICK, O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Story-Scientia LGDJ 1992, p. 30 sq., qui voient dans la notion d'idée institutionnelle une notion transcendante.

1165 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., Sirey 1910, p. 101. Voir également du même auteur *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, RTDCiv. 1923.331.

1166 G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, premier volume, *Partie juridique*, Sirey 1930, p. 33, voir également p. 318.

1167 Voir notamment L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, notamment n°170 sqq., sur les rapports entre la personne morale et ses membres et l'application des principes aux fondations ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 137 sqq., Dalloz 1952, qui admet l'existence des personnes morales corporatives mais rejette celle des animaux au motif que les premières peuvent se prévaloir d'un substratum humain ; Fr. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, sous la direction de F. VASSALLI, Vol. 2, t. 2, Unione tipographo-editrice torinese 1938, n° 17, qui fait du substrat un élément essentiel de la personnalité morale avec la reconnaissance de l'Etat. Leur propos sont parfois ambigus.

1168 L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. VINEY, Bibl. dr. priv. n° 278, LGDJ 1997, n° 10.

1169 Voir L. BORÉ, thèse précitée, n° 99 sqq.

392 L'étude de la notion d'immanence au plan théorique et méthodologique doit être complétée par une réflexion plus concrète tirée du droit positif. Il s'agira toujours d'une construction de la science du droit mais élaborée à partir d'une étude du droit positif. Il est apparu à plusieurs reprises que l'intérêt de la personne morale est un intérêt spécifique déterminé par les fondateurs et les membres¹¹⁷⁰ de l'organisation. Ce constat conduit à s'interroger sur la notion même de sélection des intérêts susceptibles de servir de fondement à une personne morale (I), avant de déterminer les procédés techniques qui permettent la réalisation de cette opération (II). L'acte d'organisation doit encore faire l'objet d'une mesure de publicité (III).

I La sélection des intérêts

393 Il faut adopter une méthode de sélection des intérêts afin de déterminer ceux qui peuvent servir de fondement à la personnalité morale. Cette sélection ne saurait être réalisée au moyen de jugements de valeurs qui restent toujours discutés. Les notions d'immanence et d'addition d'intérêts sont liées dans la thèse de Monsieur Louis Boré. Cependant l'idée de somme d'intérêts individuels ne peut être retenue pour des raisons déjà exposées¹¹⁷¹. Il faut donc trouver un autre fondement à l'immanence. Puisqu'il n'existe aucune différence de nature entre les intérêts des personnes morales et les intérêts individuels, la définition de l'immanence ne peut être que quantitative et non qualitative.

394 **La notion d'intérêt type.** A plusieurs reprises, l'intérêt d'un groupement personnifié est apparu comme l'intérêt des membres en tant que membres. Ainsi la société poursuit-elle la satisfaction de l'associé en tant qu'associé et non en tant que père de famille par exemple¹¹⁷². Les situations d'abus de majorité et de minorité correspondent à des cas pathologiques dans lesquels un membre d'un organe délibératif ne recherche pas son intérêt en tant que membre mais poursuit un intérêt externe au groupement¹¹⁷³. L'étude de ces phénomènes particuliers donnait l'intuition de ce qu'est l'intérêt de la personne morale : un intérêt spécifique distinct de celui des individus qui composent et/ou participent au fonctionnement de la personne morale. Ce n'est cependant pas n'importe quel intérêt puisqu'il est lié à celui des personnes qui créent ou font fonctionner l'organisation. Il

1170 Lorsqu'ils existent.

1171 Voir ci-dessus, n° 277 sqq.

1172 Même si l'on parle d'un placement de père de famille.

1173 Voir ci-dessus, notamment n° 251 et n° 271.

s'agit donc d'un intérêt sélectionné parmi les intérêts individuels de ces personnes.

395 L'idée de sélection des intérêts était déjà présente chez Michoud¹¹⁷⁴. On en retrouve également une manifestation dans la condition d'homogénéité posée par Waline à la personnification¹¹⁷⁵. Jean Dabin l'a également utilisée lorsqu'il affirme que le membre d'une personne morale n'est membre que *qualitate qua*, c'est-à-dire pour la part de son être vouée à la collectivité¹¹⁷⁶. Il faut maintenant en chercher l'expression contemporaine. Il semble que ce soit la notion d'intérêt type qui s'en rapproche le plus.

396 La notion d'intérêt type est utilisée par Monsieur Gaillard dans sa thèse. Il en fait un équivalent de la condition d'homogénéité qui doit s'apprécier *in abstracto* par référence à un type abstrait unique pour chaque personne morale ou catégorie de personne morale¹¹⁷⁷. Elle fonde la personnification des groupements reconnus comme des personnes morales. Selon Monsieur Gaillard, elle est aussi la limite de la personnification. En effet, « si l'on ne parvient pas à faire coïncider un prétendu intérêt collectif avec l'intérêt type de chacun des membres du groupement, c'est sans doute que celui-ci rassemble plusieurs catégories distinctes de membres, qu'il serait artificiel de fondre au sein d'une même personne morale »¹¹⁷⁸. C'est le cas du groupe et de l'entreprise. Selon Monsieur Gaillard, la famille devrait subir le même sort¹¹⁷⁹. Cependant on a vu plus haut que l'intérêt de la famille est très différent de celui de l'entreprise par exemple et qu'il présente une réelle homogénéité¹¹⁸⁰.

397 D'autres auteurs ont exprimé des opinions analogues. Monsieur Leader, notamment, a formulé en termes très précis la thèse soutenue ici¹¹⁸¹. Selon cet auteur la personne morale existe non pas

1174 L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 243 : « les intérêts collectifs ainsi desservis ne sont jamais tous les intérêts des membres du groupe, mais seulement un seul de ces intérêts , ou au plus un certain nombre d'entre eux, poursuivis collectivement afin d'en rendre la réalisation plus aisée ou plus complète », qui exprime cette idée lors de l'étude du principe de spécialité.

1175 M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} éd., Sirey 1946, p. 154 ; voir aussi : E. GAILLARD, thèse précitée , n° 294 sqq.

1176 J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 132.

1177 E. GAILLARD, thèse précitée, n° 297.

1178 E. GAILLARD, thèse précitée , n° 297.

1179 Ibid.

1180 Voir ci-dessus, n° 234.

1181 S. LEADER, *Les intérêts des syndicats, les intérêts individuels et les intérêts du public : une analyse*, in *Droit et intérêt*, volume 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE, FUSL Bruxelles 1990, p. 383.

parce qu'elle manifeste un intérêt supérieur mais parce qu'elle exprime un intérêt plus spécifique que les intérêts individuels¹¹⁸². Les intérêts des membres d'un groupement constituent un sous-ensemble de la totalité des intérêts¹¹⁸³. Le particularisme de l'intérêt de la personne morale est donc bien quantitatif et non qualitatif. Cette idée a trouvé un défenseur dans la doctrine française en la personne de Monsieur Wicker¹¹⁸⁴. Cet auteur relève que « la personnification repose, non sur une distinction de l'intérêt du groupement et des intérêts individuels de ses membres, mais sur une sélection au sein de l'ensemble de ces intérêts individuels par l'acte constitutif du groupement »¹¹⁸⁵.

398 Le principe de spécialité est également une illustration de cette idée¹¹⁸⁶. La personne morale n'existe que pour la satisfaction d'intérêts déterminés. Son action est donc limitée à la différence de celle des personnes physiques. Le principe de spécialité est une manifestation de cette limite naturelle. Il découle directement de l'idée de spécificité de l'intérêt de la personne morale par rapport aux intérêts individuels.

399 La personnalité morale marque ainsi sa différence avec « la personnalité physique qui est l'expression de l'ensemble des intérêts inhérents à chaque individu et s'imposant à la protection du droit »¹¹⁸⁷. La personnalité d'une personne physique n'est pas fondée sur un intérêt unique mais sur un ensemble d'intérêts : tous les intérêts de la personne qui peut être époux, salarié, associé d'une société, membre d'un cercle... Il faut prendre garde à ne pas céder aux sirènes de l'anthropomorphisme. La structure de la personnalité morale et celle de la personnalité physique sont très différentes. Certaines solutions sont nécessairement propres à une des catégories de sujets de droits que connaît le droit français¹¹⁸⁸.

1182 « Un argument pour la personnalité distincte des groupements : les intérêts du groupement sont quantitativement moins nombreux que ceux de ses membres », S. LEADER, article précité.

1183 En ce sens : S. LEADER, article précité, spéc. p. 394.

1184 Rép. Civ. V^{is} *Personne morale*, par G. WICKER, spéc. n° 26.

1185 G. WICKER, article précité, spéc. n° 26.

1186 En ce sens : M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} éd., Sirey 1946, p. 154.

1187 J. BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil*, par G. BAUDRY-LACANTINERIE, t. V, Sirey 1928, n° 154.

1188 La confusion des patrimoines ne peut être envisagée qu'en présence d'une ou plusieurs personnes morales : Douai, 14 octobre 1999, D. 2000, AJ. 115, qui refuse de prononcer la confusion de patrimoines entre deux personnes physiques. Sur le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé voir la thèse de P. Coulombel publiés sous ce titre : P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. DURAND,

400 Il convient d'apporter une précision à ces opinions doctrinales. La notion abstraite d'intérêt type peut certes jouer pour une catégorie de personne morale mais l'intérêt type qui fonde la personnalité morale d'un individu donné au sein de l'espèce est moins abstrait que ne le laissent penser ces auteurs. En effet la notion d'intérêt telle qu'elle est apparue depuis le début de cette étude ne peut être limitée à la notion de finalité ou tout autre équivalent subjectif de l'idée de but. La notion d'intérêt est un lien entre les éléments objectifs et les éléments subjectifs de la personnalité morale. Elle unit une finalité et une activité. Il convient donc de compléter ce qui vient d'être dit en rappelant que l'intérêt type n'est pas uniquement déterminé en considération d'un but mais aussi par référence à une activité¹¹⁸⁹. Ce que l'on peut vérifier en prenant quelques exemples.

401 **Applications.** Le droit des sociétés fournit un grand nombre d'exemples de situations dans lesquelles l'intérêt de la personne morale apparaît comme l'intérêt des associés en tant qu'associés¹¹⁹⁰. Cet intérêt est lié à la fois à la réalisation d'un bénéfice partageable et à l'exercice d'une activité déterminée¹¹⁹¹. Lorsqu'un associé ou un dirigeant méconnaît cet impératif par la recherche d'un intérêt personnel extérieur à la personne morale le droit ouvre des voies de droit aux autres associés¹¹⁹². Le standard de l'intérêt social est donc défini par référence au comportement d'un associé type qui poursuit uniquement son intérêt dans la société. Cette idée a déjà été soutenue par Monsieur Schmidt¹¹⁹³. Selon cet auteur l'actionnaire type recherche un gain et aucun autre intérêt. Il est possible d'apporter deux précisions à cette proposition. D'une part, l'intérêt de l'associé type détermine l'intérêt de la société personne morale : il existe un lien entre les deux intérêts qui existent en droit positif l'un comme

Imprimerie Moderne 1950, spéc. p. 205 sqq.

1189 Il ne s'agit que d'une précision et non d'une critique des positions des auteurs cités plus haut. Même s'ils n'ont peut-être pas eu conscience de la nécessité de cette précision elle n'est pas en contradiction avec les propositions qu'ils défendent.

1190 Voir ci-dessus, n° 240 sqq. et notamment n° 251, à propos de l'abus de majorité.

1191 Voir M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 135. Voir également A. LYON-CAEN, *Le contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques*, thèses dactyl., Paris II 1975, n° 355, selon qui l'intérêt social réside dans l'enrichissement des associés ; Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. III, p. 532. : « l'intérêt social n'est autre que l'optimisation de la valeur nette marchande de l'entreprise ».

1192 Abus de majorité, de minorité, constitution de partie civile pour abus de biens sociaux etc.

1193 D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. J.-M. BISCHOFF, Bibl. dr. com. t. 21, Sirey 1970, n° 85.

l'autre. Il n'est donc pas possible d'affirmer que seul l'intérêt des actionnaires existe et de nier l'intérêt de la société¹¹⁹⁴. D'autre part, il faut compléter cette proposition en rappelant que l'intérêt n'est pas uniquement le but d'une organisation mais aussi son activité et plus précisément le lien entre les deux.

402 L'intérêt type des membres d'une association fait apparaître avec plus d'évidence ce double aspect de la notion d'intérêt. La finalité dans l'association est définie d'une manière essentiellement négative : l'absence de partage des bénéfices. L'activité prend alors une importance considérable. Le sociétaire type est donc celui qui souhaite déployer une activité donnée sans que les bénéfices soient partagés. Son intérêt détermine celui de l'association de la même manière que celui de l'associé type déterminait celui de la société. L'intérêt du sociétaire type et celui de l'association existent également : on ne saurait affirmer l'un sans l'autre et nier le lien qui existe entre eux.

403 Le droit du travail fournit également des exemples d'intérêts types. Les syndicats ne poursuivent pas le respect de tous les droits de leurs membres mais uniquement ceux de la profession c'est-à-dire les intérêts de leurs membres en tant qu'ils exercent une profession déterminée. C'est par l'étude des syndicats que Monsieur Sheldon Leader a formulé l'idée selon laquelle la personnalité morale se justifie par une conception quantitative et non qualitative de l'intérêt¹¹⁹⁵.

404 Existe-t-il de la même manière un intérêt type des salariés dans l'entreprise ? Depuis quelques années l'intérêt collectif des salariés d'une même entreprise s'est affirmé¹¹⁹⁶. La notion d'intérêt type a parfois été employée pour construire le concept de collectivité des salariés¹¹⁹⁷. Que l'on considère celle-ci comme une organisation autonome ou comme le substrat des institutions représentatives du

1194 Sur cette idée et sa critique : voir ci-dessus, n° 244 et n° 296 notamment.

1195 S. LEADER, *Les intérêts des syndicats, les intérêts individuels et les intérêts du public : une analyse*, in *Droit et intérêt*, volume 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE, FUSL Bruxelles 1990, p. 383. Voir également A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, collection les voies du droit, PUF. 1994, p. 131.

1196 En ce sens : F. GAUDU, *La fraternité dans l'entreprise*, D. Soc. 1990.134, qui fait remonter le mouvement au début des années 1970. Voir également sur la reconnaissance d'un établissement distinct : Y. CHALARON, *Réflexions critiques sur la vision judiciaire de l'établissement distinct*, D. Soc. 1982.209 (Soc., 8 juillet 1981) ; B. DESJARDINS, *La notion d'établissement distinct en droit du travail*, RJS 4/93, p. 215 ; J. SAVATIER, *Reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct au regard du droit des comités d'entreprise*, D. Soc. 1992.39 (CE., 15 mai 1991 et Soc., 15 mai 1991) ; du même auteur, *La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel*, D. Soc. 1991.40.

1197 Voir J. GRIMALDI D'ESDRA, *La représentation du personnel dans l'entreprise, origines, puissance et déclin annoncé d'un pouvoir*, thèse dactyl., Montpellier I 1993, n°193.

personnel il est aujourd'hui évident qu'elle ne concerne que la vie professionnelle des salariés. Seuls sont en cause les intérêts professionnels des travailleurs¹¹⁹⁸. Plus précisément l'intérêt type des salariés est « l'intérêt de la collectivité des salariés au maintien du plus grand nombre d'emplois possible » : c'est l'intérêt de l'emploi¹¹⁹⁹. Cet intérêt est pris en charge par le comité d'entreprise dont l'intervention apparaît comme « une technique de consultation des salariés et d'expression de leurs intérêts "en tant que tels" »¹²⁰⁰. L'intérêt de l'emploi n'est donc pas réductible à l'intérêt individuel des salariés, ni à l'intérêt général¹²⁰¹.

405 **L'entreprise**. L'entreprise fournit à nouveau un contre-exemple éclairant. Les intérêts que l'on fait entrer dans la composition de l'intérêt de l'entreprise ne forment pas un ensemble homogène. Intérêts des capitalistes, des créanciers et des salariés sont seulement mis en balance afin de déterminer les limites des prérogatives de chacun et plus particulièrement du chef d'entreprise. La divergence des intérêts est évidente entre les divers intéressés. Il ne se dégage aucun intérêt type mais uniquement des intérêts catégoriels¹²⁰². On peut donc affirmer avec Monsieur Gaillard que « si l'on ne parvient pas à faire coïncider un prétendu intérêt collectif avec l'intérêt type de chacun des membres du groupement, c'est sans doute, que celui-ci rassemble plusieurs catégories distinctes de membres, qu'il est artificiel de fondre au sein d'une même personne morale »¹²⁰³.

406 La formule de l'immanence que l'on vient de dégager, est-elle applicable à la fondation ? Il semble que même en l'absence de tout membre la notion d'immanence peut rendre compte de l'intérêt

1198 Cela n'interdit pas de concevoir le travail de manière large. La rémunération et les conditions de travail sont évidemment incluses dans l'intérêt type du salarié. Il faut cependant y ajouter une dimension moins connue. Le travail ne doit pas seulement fournir un minimum vital mais permettre une certaine qualité de vie. Cela justifie notamment dans le domaine étudié que l'on attribue un rôle social au comité d'entreprise.

1199 Voir F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privé. Essai de théorie juridique*, thèse dactyl., Paris I 1986, n° 751 sqq., spéc. n° 759. Du même auteur : *La fraternité dans l'entreprise*, D. Soc. 1990.134.

1200 F. GAUDU, thèse précitée, n° 760. Monsieur Gaudu oppose l'intérêt des salariés en tant que tel à leur intérêt en tant que créancier. Cet intérêt serait représenté par le représentant des salariés. On peut cependant relever que la proposition n'est vraiment juste qu'en cas de procédure collective et que l'intérêt type des salariés inclut d'ordinaire l'aspect patrimonial lié à un salaire décent si ce n'est élevé.

1201 En ce sens : F. GAUDU, thèse précitée, n° 756 (intérêt distinct de l'intérêt individuel dans l'entreprise in bonis), n° 757 (dans l'entreprise en difficultés), n° 758 sq. (intérêt distinct de l'intérêt général).

1202 En ce sens : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 295.

1203 E. GAILLARD, thèse précitée, n° 297.

de la personne morale. Cela ne pourra être établi que par l'étude de l'acte de fondation qui relève de la catégorie des actes d'organisation.

II L'acte d'organisation

407 Selon Monsieur Gridel, les sources formelles de la personnalisation sont au nombre de deux¹²⁰⁴ : le texte et la décision de justice. Pourtant avant d'être source de la personnalité morale, la loi est facteur d'organisation. Il convient de distinguer avec plus de netteté que d'ordinaire ces deux rôles de la loi¹²⁰⁵. En matière d'organisation, la loi n'est cependant pas seule à avoir compétence (A). L'acte juridique privé a également un rôle important. Il s'agit cependant d'un acte juridique peu commun dont il faut tenter de définir brièvement les caractéristiques (B).

A) L'acte législatif d'organisation

408 **Le rôle d'organisation de la loi.** L'importance des règles légales d'organisation mérite d'être relevée. Elle pourrait être interprétée comme une manifestation de l'influence de la théorie de la fiction sur le droit actuel ou comme une application de la notion de variabilité. Il convient cependant de rendre à ces dispositions leur véritable sens. Il s'agit le plus souvent de règles d'organisation et non strictement de règles relatives à la personnalité morale des institutions visées. L'exemple du droit des sociétés est particulièrement éclairant. L'article L. 210-6 du Code de commerce dispose que « les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ». A part cette disposition, l'ensemble de la loi contient des normes d'organisation des sociétés commerciales : règles de majorité, le statut des dirigeants... La loi apparaît alors comme un acte d'organisation au même titre que la convention à laquelle elle renvoie parfois. La loi contemporaine est souvent très détaillée quant aux divers aspects organisationnels des institutions qu'elle crée. La loi sur les sociétés commerciales en est un exemple mais il en est bien d'autres : la copropriété des immeubles bâtis, la famille¹²⁰⁶... Parfois cependant la loi reste silencieuse sur de nombreux points. C'est le cas en matière d'association et de fondation. Les inconvénients sont mineurs pour les fondations tenues en pratique de se conformer au modèle de statuts proposé par l'administration. La pratique complète la loi. Le résultat est moins heureux en matière d'association même si

1204 J.-P. GRIDEL, *La personne morale en droit français*, RIDC. 1990.495.

1205 On peut remarquer immédiatement que la décision de justice ne peut remplir qu'un rôle de personnalisation et non d'organisation.

1206 Même l'indivision n'est plus aujourd'hui cette situation anarchique et inorganisée qu'elle était naguère.

la pratique et la jurisprudence viennent aussi pallier les insuffisances de la loi. Sans doute une réforme de la loi de 1901 serait-elle utile afin de perfectionner l'organisation de l'association¹²⁰⁷.

B) L'acte d'organisation privé

409 L'acte d'organisation privé n'est pas exclusif d'une organisation légale. Les deux modes d'organisation coexistent le plus souvent. La liberté d'aménagement conventionnel de l'organisation est très variable d'une institution à l'autre. La nature de l'acte d'organisation a été discutée. Il n'est pas nécessaire ni même réellement utile de rentrer dans la controverse sur la nature de l'acte d'organisation (1). L'étude du débat permettra de confirmer ce que l'on a déjà affirmé à propos de la notion d'intérêt et de faire apparaître le particularisme de l'acte qui est au fondement de la personnalité morale(2).

1) La nature de l'acte d'organisation

410 L'acte fondateur d'une organisation personnifiée ne se présente pas comme un contrat ordinaire. On lui oppose souvent la notion d'institution¹²⁰⁸ sans bien avoir conscience que dans la pensée institutionnelle l'institution est une chose ou une personne et non un acte¹²⁰⁹. Pour désigner cet acte volontaire, qui n'obéit pas aux canons du contrat, la doctrine a cherché une formule nouvelle : acte complexe, acte collectif, acte conjonctif ou acte unilatéral. Les propositions sont nombreuses et il suffira d'en exposer brièvement quelques-unes afin tant de mesurer leur apport que faire apparaître leur nature essentiellement doctrinale.

411 **L'acte collectif et acte unilatéral.** La théorie de l'acte collectif a été exposée en France par Duguit¹²¹⁰. Elle a été savamment

1207 Voir à propos de la protection des intérêts de tiers : P. HOANG, thèse précitée, passim.

1208 Voir par exemple en matière de société : Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 7^{ème} éd. avec la collaboration d'A. FAUCHON, Dalloz 2000, n° 21 sqq. Voir également Cl. DUCOULOUX -FAVARD, *Nature juridique du contrat de société. un exemple d'écueil possible pour le comparatiste*, RS. 1996.1 ; J.-P. BERTREL, *Le débat sur la nature de la société*, in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, p. 131, collection le droit des affaires, Litec 1997.

1209 Sur cette distinction : M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., Sirey 1916, p. 109 sq. Hauriou oppose cependant contrat et institution : op. cit., p. 200 sqq., pour Hauriou le contrat, acte éphémère ne peut rendre compte du fait institutionnel. Il ignorait l'existence de convention dont l'objet est l'organisation. Voir également E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau 1912, spéc. p. 262 sqq. Sur Hauriou et le contrat : J. A. BRODERICK, *La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français*, Archives de philosophie du droit 1968, n° 13, p. 143.

1210 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, , 3^{ème} éd., Bocard 1927, § 37, p. 374sqq. et § 39 sqq., p. 398 sqq.

étudiée en droit privé par Monsieur Roujou de Boubée dans sa thèse¹²¹¹. Selon cet auteur, l'acte juridique collectif est un concours de volontés qui ont toutes le même contenu, qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but et qui sont unies par une procédure¹²¹². Pour cet auteur la création d'une personne morale donne lieu à la conclusion d'un acte juridique collectif. Il interprète à la lumière de la notion qu'il a mise en valeur une grande partie du droit des sociétés¹²¹³. L'acte collectif peut également se rapprocher de l'acte juridique unilatéral. Martin de la Moutte définit l'acte unilatéral par l'intérêt unique d'une partie unique¹²¹⁴. L'acte reste unilatéral même si plusieurs personnes interviennent à l'acte dès lors qu'elles ont un intérêt identique. L'acte collectif s'apparente à cet égard à l'acte juridique unilatéral¹²¹⁵. La proximité des notions d'acte juridique collectif et d'acte juridique unilatéral est évidente lorsque l'on constate que certains auteurs emploient l'expression d'acte juridique unilatéral collectif¹²¹⁶.

412 L'acte juridique conjonctif. La notion d'acte juridique conjonctif a été mise en valeur par Monsieur Rémy Cabrillac dans sa thèse¹²¹⁷. L'acte juridique conjonctif se définit par trois éléments (unité de partie, unité d'acte et pluralité de participants) réunis par un élément fédérateur : l'intérêt commun¹²¹⁸. Selon Monsieur Cabrillac l'acte juridique de constitution d'une personne morale est toujours un acte conjonctif¹²¹⁹. Il faut cependant réserver les créations de personnes morales par acte unilatéral de plus en plus fréquentes de nos jours : EURL, SAS unipersonnelle, SEL unipersonnelle, fondation. L'acte ne présente alors aucun caractère conjonctif¹²²⁰.

1211 G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n° 27, LGDJ 1961, spéc. p. 209 sqq., sur la définition de l'acte juridique collectif, p. 35 sqq. sur les actes fondateurs de personnes morales.

1212 G. ROUJOU DE BOUBÉE, thèse précitée, n° 209 sqq.

1213 Il fait apparaître notamment la signification de l'*affectio societatis* : op. cit. p. 66.

1214 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, préf. P. RAYNAUD, Sirey 1951, n° 31 sqq.

1215 En ce sens : G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, Vol. 1, *Les obligations*, Sirey 1962, n° 328 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau 1921, n° 16.

1216 Voir G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, Vol. 1, *Les obligations*, Sirey 1962, n° 329 sqq. Voir également R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau 1921, n° 23.

1217 R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. CATALA, Bibl. dr. priv. n° 213, LGDJ 1990, spéc. n° 255 sqq.

1218 Ibid.

1219 R. CABRILLAC, thèse précitée, n° 255 sqq.

1220 L'acte peut devenir conjonctif dans le cas des sociétés unipersonnelles. Elles peuvent en effet se transformer en sociétés pluripersonnelles grâce à une simple cession de droits sociaux.

413 **Convention et contrat organisation.** Chacune de ces opinions doctrinales contient une part de la vérité et aucune n'est fausse. Elles sont cependant essentiellement doctrinales et n'ont en réalité qu'une faible portée pratique. Il n'est donc pas nécessaire ni même utile de les critiquer ici. Le débat est assez vain en définitive. Le bref rappel de ces théories a cependant eu pour utilité de montrer à quel point la notion d'intérêt occupe une place centrale dans ce débat. C'est en réalité l'unité d'intérêt relevé par tous les auteurs qui est à l'origine des incertitudes en la matière. Dès lors que le contrat est conçu comme le lieu d'une confrontation d'intérêts¹²²¹ il a semblé incapable d'accueillir en son sein les actes d'organisation de personnes morales. Toutes ces propositions doctrinales ont cependant commis un oubli malheureux : celui de la convention. Parfois assimilée au contrat¹²²², la convention a rarement retenu l'attention des auteurs. La construction de la théorie générale des obligations à partir de l'étude du contrat a conduit la doctrine à une erreur de perspective. Plutôt que de faire appel à des notions doctrinales parfois obscures et contradictoires, il est possible de redécouvrir la richesse de la notion de convention. Monsieur Roujou de Boubée a reconnu lui-même que ce qu'il appelle acte juridique collectif est une convention à défaut d'être un contrat¹²²³. La convention n'est pas nécessairement un lieu de confrontation. Elle est un « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque... »¹²²⁴. Elle est le genre dont le contrat est une espèce. L'exemple de la société permet de faire apparaître le recul de la notion de contrat jusque dans les textes du Code civil. Avant 1978 le titre IX du Code civil était intitulé *Du contrat de société*. Il est devenu aujourd'hui *De la société*. L'article 1832 ne dispose plus que « la société est un contrat... » mais renvoie la référence au contrat dans le corps de la définition tout en insistant sur le fait que la société est instituée. On peut remarquer

1221 Cette idée que le contrat suppose une divergence d'intérêts est cependant parfois contestée : Chr. JAMIN, *Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 125.

1222 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, préf. P. RAYNAUD, Sirey 1951, n° 33. Voir également CJCE. 10 mars 1992, B. Joly 1992, § 247, note J.-B. BLAISE ; Def. 1992, article 35382, n° 4, obs. P. LE CANNU, qui considère que les statuts d'une société doivent être considérés comme un contrat pour l'application de la convention de Bruxelles.

1223 G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n° 27, LGDJ 1961, p. 17, qui donne à cette remarque une forme interrogative.

1224 Vocabulaire Cornu, V° *Convention*.

dans la même veine exégétique que la loi de 1901 « relative au contrat d'association » définit l'association comme une *convention*.

414 La notion de contrat organisation proposée par Monsieur Paul Didier¹²²⁵ est certainement la formulation la plus exacte de ce qu'est réellement cet acte qui se trouve si souvent au fondement des personnes morales. Nul besoin de créer des catégories nouvelles pour justifier des solutions qui paraissent parfois étranges au regard de la conception traditionnelle que l'on a du contrat. Pour être tout à fait exact, il faut cependant ajouter qu'il est une hypothèse dans laquelle la notion de convention sera impuissante à rendre compte de la réalité : il s'agit des créations de personnes morales par acte unilatéral. L'acte unilatéral est nécessaire pour expliquer l'organisation des sociétés unipersonnelles et de la fondation testamentaire¹²²⁶. Dans cette situation, l'unité d'intérêt relevée à plusieurs reprises est manifeste. Sous cette réserve, la notion de convention, voire de contrat organisation, suffit à rendre compte du droit positif. Reconnaître que les catégories traditionnelles du droit des obligations ne sont pas trop étroites pour recevoir les actes d'organisation de personnes morales ne doit pas conduire à nier le particularisme de ces actes juridiques.

2) *Le particularisme de l'acte d'organisation*

415 Le particularisme de l'acte d'organisation apparaît à l'étude de deux points précis. D'une part, le consentement des parties à l'acte présente un aspect étonnant au regard de la théorie contractuelle classique. On a donc eu recours au terme latin d'*affectio societatis* pour rendre compte de cette originalité. D'autre part, l'acte d'organisation s'insère difficilement dans la *summa divisio* des actes à titre onéreux et des actes à titre gratuit.

416 **L'*affectio societatis***¹²²⁷. Le rôle de la notion d'*affectio societatis* a été contesté¹²²⁸. La notion elle-même manque de clarté.

1225 P. DIDIER, *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, RJC. numéro spécial 1995.74, du même auteur : *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 635. Voir également : Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 72-1.

1226 Cette remarque fait apparaître aussi ce qu'ont d'incomplet les théories de l'acte juridique collectif.

1227 Sur cette notion : G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN, L. VOGEL, t. I, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1027 ; J.-Cl. *Sociétés, Traité*, Fasc. 20-10, *Affectio societatis*, Y. GUYON, refondu par N. REBOUL ; N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, RS. 2000.425.

1228 Voir l'analyse sans complaisance de Monsieur Didier : P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF 1999, p 33 sqq. Voir également la conception empreinte de modestie de Monsieur J.-M. BERMOND DE VAULX, *Le spectre de l'affectio societatis*, JCP. E 1994, I, 346.

Certains auteurs ont proposé de la supprimer¹²²⁹. L'*affectio societatis* est pourtant une notion du droit positif. A l'occasion d'un litige entre associés, la Cour de cassation a admis la dissolution pour mésentente en relevant notamment le défaut d'*affectio societatis*¹²³⁰. La notion a donc pénétré le droit positif¹²³¹. Elle se manifeste non seulement lors de la formation mais également au cours de la vie sociale et lors de la dissolution¹²³². Elle irrigue tout le droit des sociétés¹²³³ : parfois comme notion explicative de nature doctrinale (à propos de la nomination d'un administrateur provisoire) d'autres fois comme notion du droit positif (à propos de la dissolution pour mésentente). Une décision doctrinale ne peut faire disparaître une notion consacrée par le droit positif. On peut critiquer l'usage abusif qui en est fait mais rien de plus. Il reste à en éclairer le sens au regard de la question étudiée ici.

417 Quel contenu donner à la notion d'*affectio societatis* ? Si à l'origine l'*affectio societatis* ne désignait que la volonté de constituer une société et non une autre organisation¹²³⁴, elle s'est enrichie d'une autre signification¹²³⁵ : « collaboration active, consciente et égalitaire, de tous les contractants en vue de la réalisation d'un bénéfice à partager » pour Pic¹²³⁶ ; droit de participer aux décisions importantes

1229 En ce sens : A. WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey 1922, n° 469 : « A notre avis, cette condition, qui dérive du droit romain, doit être rayée ».

1230 Civ. III, 8 juillet 1998, JCP. 1999, I, 118, n° 1, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; voir également l'emploi de l'expression dans : Civ. I, 1^{er} octobre 1996, Dr. Soc. 1996, Comm. 225, note Th. BONNEAU.

1231 Le caractère positif de la notion est incontestable même si l'emploi d'une formule latine dans les décisions de justice a été critiqué par le ministre de la justice en 1977 : Circulaire du ministre de la justice du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire, JCP. 1977, III, 46255.

1232 Sur les multiples fonction de l'*affectio societatis* lors de la création et pendant le fonctionnement de la société : *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 20-10, *Affectio societatis*, Y. GUYON, refondu par N. REBOUL. Elle trouve sa place aussi bien dans la théorie contractuelle que dans la théorie institutionnelle de la société : *ibid.*, n° 3.

1233 Elle est une manifestation de la bonne foi dans le droit des sociétés : A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. Fr. TERRÉ, *Bibl. dr. priv.* n° 156, LGDJ 1978, n° 76 sqq. spéc. n° 78.

1234 Elle a conservé ce sens dans la jurisprudence : Req., 8 janvier 1872, DP. 1872.1.194 ; Com., 12 octobre 1993, BC., IV, n° 330 ; JCP. 1994, I, 3746, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; JCP. N 1994, II, p. 270, note Th. BONNEAU ; B. Joly 1993, § 381, note M. JEANTIN ; RTDCiv. 1994.595, qui qualifie un contrat de prêt en l'absence de volonté de s'associer sans employer expressément l'expression d'*affectio societatis*. C'est le sens retenu par le ministre de la justice pour traduire *affectio societatis* : Circulaire du ministre de la justice du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire, JCP. 1977, III, 46255, qui suggère de remplacer la formule latine par « intention de s'associer ».

1235 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, op. cit., p. 33 sqq. ; G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN, L. VOGEL, t. I, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1027.

1236 P. PIC, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, *Annales de droit commercial* 1906, p. 153. La formule a eu quelques succès en jurisprudence. Voir

de la vie de la société pour Amiaud¹²³⁷ ; volonté de s'unir et de courir ensemble les risques de l'entreprise pour Hamel¹²³⁸. L'*affectio societatis*¹²³⁹ traduit aujourd'hui une spécificité des actes constitutifs de personnes morales à savoir l'identité de contenu des volontés et des intérêts des fondateurs. Il ne s'agit pas d'en faire un équivalent moderne de la notion d'œuvre de la théorie institutionnelle. On pourrait cependant se demander si ce n'est pas la fonction que remplit aujourd'hui la notion dans le discours doctrinal¹²⁴⁰. Selon Monsieur Merle la notion d'*affectio societatis* est « une notion multiforme dont le plus petit dénominateur englobe la volonté des associés de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune »¹²⁴¹. Ainsi que le relève cependant Monsieur Paul Didier, l'article 1844 du Code civil contient le même principe exprimé beaucoup plus clairement¹²⁴². En réalité, plus encore que formuler une règle de droit précise, la notion d'*affectio societatis* a permis à la doctrine de faire apparaître une spécificité de la société par rapport au contrat tel que le conçoit la théorie classique¹²⁴³. L'identité d'intérêt et de volonté ainsi que la nécessaire collaboration des associés à l'entreprise commune s'opposaient à l'antagonisme contractuel¹²⁴⁴. Alors qu'elle se présentait simplement comme un instrument de

notamment : Com., 3 juin 1986, RS. 1986.585, note Y. G. qui a cassé pour manque de base légale un arrêt d'appel qui avait retenu l'existence de l'*affectio societatis* sans rechercher si le soi-disant associé « avait collaboré de façon effective à l'exploitation de ce fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé pour participer aux bénéfices comme aux pertes ». On remarquera la référence à l'intérêt commun.

1237 A. AMIAUD, *L'affectio societatis*, in *Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius*, Verlag Helbing & Lichtenbahn, Basel 1955, p. 1.

1238 J. HAMEL, *L'affectio societatis*, RTDCiv. 1925.761. Dans le même sens : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n° 27, LGDJ 1961, p. 65 sqq. Voir également sur l'*affectio societatis* comme volonté d'union : J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 25^{ème} éd., LGDJ. 2001, n° 226.

1239 Comme ses dérivés.

1240 Voir le rapprochement opéré par Monsieur Guyon entre l'*affectio societatis* et la fraternité : Y. GUYON, *La fraternité en droit de sociétés*, RS. 1989.439.

1241 Sur la conception pluraliste de l'*affectio societatis* souvent retenue aujourd'hui : P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration d'A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 43 ; P. DIENER, note sous Civ. III, 22 juin 1976, D. 1977.619 ; J.-Cl. *Sociétés, Traité*, Fasc. 20-10, *Affectio societatis*, Y. GUYON, refondu par N. REBOUL.

1242 P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, op. cit., p 32.

1243 En ce sens : J. HAMEL, *L'affectio societatis*, RTDCiv. 1925.761, spéc. p. 769 sq. ; Madame Reboul relève que l'*affectio societatis* « est plus que le consentement à un contrat qui ne joue aucun rôle appréciable lors de l'exécution du contrat » : J.-Cl. *Sociétés, Traité*, Fasc. 20-10, *Affectio societatis*, Y. GUYON, refondu par N. REBOUL, n° 18. La même remarque avait été faite à propos des rapports de la cause et l'intérêt (voir ci-dessus, n° 151 sqq.). La notion d'*affectio societatis* semble devoir intervenir comme condition de validité des cessions de droits sociaux : Com., 21 janvier 1997, RDBB 1997, n° 1, p. 69, obs. M. GERMAIN, M.-A. FRISON-ROCHE.

qualification de la convention de société, la notion a cristallisé tout le particularisme de l'acte d'organisation.

418 La notion d'*affectio societatis* trouve des traductions dans d'autres personnes morales que la société. Il est courant en doctrine de forger sur le modèle de l'*affectio societatis* des expressions tout aussi vagues. La volonté de créer une association est très proche de l'*affectio societatis*¹²⁴⁵ : on a alors parlé d'*affectio associationis*¹²⁴⁶. Le mariage était fondé sur la société conjugale : on a appliqué l'*affectio societatis* à la famille et on a imaginé une *affectio conjugalis*¹²⁴⁷. On a également employé l'expression d'*affectio communionis* en cas d'indivision conventionnelle¹²⁴⁸. Ces créations qui restent exclusivement du domaine doctrinal traduisent le même malaise du juriste face à un acte juridique irréductible au contrat. Elles masquent ce qui importe vraiment : l'unité d'intérêt opposée à l'antagonisme contractuel.

419 **La notion d'acte à titre onéreux et l'intérêt.** La distinction du titre onéreux et du titre gratuit a déjà été longuement étudiée par la doctrine. Il n'est pas nécessaire de rappeler les savants débats auxquels elle a donné lieu. Seule retiendront ici l'attention les rapports que cette distinction entretient avec la notion d'intérêt afin de déterminer qui sont les personnes intéressées dans les associations et les fondations. Cette brève étude permettra par la même occasion de qualifier l'acte d'organisation.

1244 Ces éléments se retrouvent en jurisprudence. Selon la première chambre civile de la Cour de cassation l'*affectio societatis* est caractérisée par la volonté d'union et la convergence d'intérêts des associés : Civ. I, 1^{er} octobre 1996, Dr. Soc. 1996, Comm. 225, note Th. BONNEAU. La première chambre civile semble ne pas toujours être en accord avec la chambre commerciale : *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 20-10, *Affectio societatis*, Y. GUYON, refondu par N. REBOUL, n° 34 sqq.

1245 En ce sens : J. PELLERIN, *La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé*, RTDCom. 1981.471, n° 19.

1246 E. ALFANDARI, *Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec 1991, p. 265, spéc. p. 268 (*affectio associationis*). Voir également E. ALFANDARI, P.-H. DUTEIL, *Associations*, Dalloz Action 2000, Dalloz 2000, n° 116 sqq., qui emploient l'expression d'*affectio consociationis*.

1247 Voir J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de l'université Y. Cadoret 1932, p. 318 sq. Voir récemment : G. BLANC, *De l'idée d'association comme fondement des pouvoirs des époux communs en biens*, RTDCiv. 1988.31. Voir également l'article 1422 du Code civil qui évoque la notion de collaboration entre époux.

1248 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens. La publicité foncière*, 4^{ème} éd. par Ph. THÉRY, Cujas 1998, n° 697 ; F.-X. TESTU, *Répertoire civil, V° Indivision*, n° 66. Voir également Chr. LARROUMET, *L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis*, JCP. 1976, I, 2812, n° 6 (*affectio condominiumii*) ; G. DUTHIL, *Le syndicat de copropriétaires, personne morale*, thèse Rennes 1978, n° 247 (*affectio coproprietatis*).

420 La *summa divisio* a été contestée¹²⁴⁹. Pour Esmein, par exemple, il existe des actes mixtes dont les libéralités avec charges sont une espèce¹²⁵⁰. Il s'agit de tentatives pour rendre compte de certains actes dont la nature gratuite est douteuse et que l'on a scrupule à intégrer dans la catégorie des actes à titre onéreux. Le droit positif reconnaît parfois qu'un acte est à titre onéreux à l'égard de certaines personnes mais est à titre gratuit à l'égard d'autres. C'est le cas des avantages matrimoniaux qui sont en principe de nature onéreuse mais sont considérés comme des libéralités à l'égard des enfants légitimes nés d'un premier lit¹²⁵¹.

421 La notion de contrepartie est invoquée comme critère de distinction¹²⁵². La contrepartie peut exister lorsqu'une charge est stipulée dans un acte juridique. On admet cependant que l'acte reste à titre gratuit lorsqu'elle est imposée dans l'intérêt du bénéficiaire¹²⁵³. La solution peut surprendre alors que le bénéficiaire se voit imposer les conditions d'usage des biens qui lui sont transmis et qu'il ne retire de sa propriété aucun avantage objectif. Aussi certains auteurs ont-ils proposé une théorie de l'équivalent¹²⁵⁴. L'idée centrale de cette thèse est qu'il ne saurait y avoir de titre gratuit lorsqu'il y a équivalence non des prestations mais des sacrifices antagonistes¹²⁵⁵. Sans avantage objectif pour le bénéficiaire, l'acte ne peut pas être gratuit¹²⁵⁶.

1249 La distinction se trouve dans le Code : articles 1105 et 1106 du Code civil. La question est de savoir si elle rend parfaitement compte de la réalité.

1250 P. ESMEIN, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours de droit civil approfondi 1933-34, p. 48. Voir également : J. PELLERIN, *La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé*, RTDCom. 1981.471 qui propose également une classification tripartite des actes juridiques. Pour d'autres auteurs certains actes échappent à la distinction : Fr. LUCET, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse dactyl., Paris II 1987, n° 572, à propos de l'avantage matrimonial.

1251 Article 1527 du Code civil.

1252 Voir P. ESMEIN, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours de droit civil approfondi 1933-34, p. 82 sqq.

1253 En ce sens : P. ESMEIN, cours précité, p. 102.

1254 En ce sens : J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, LGDJ 1955, n° 125 sqq. La notion d'équivalent est présente dans le Code civil : article 1104 du Code civil qui définit le contrat commutatif et le contrat aléatoire. Elle se trouve aussi en jurisprudence : Civ., 19 juillet 1894, DP. 1895.1.125 ; Nancy, 17 mars 1920, DP. 1920.2.65 ; DP. 1923.1.20.

1255 J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, LGDJ 1955, n° 125 sqq.

1256 J.-J. DUPEYROUX, thèse précitée, n° 22. Pour cet auteur les dispositions faites en faveur de personnes morales sont en principe à titre gratuit (op. cit., n° 140 sqq.). Seules les donations avec charges en faveur du disposant seront réellement susceptibles d'être qualifiées d'acte à titre onéreux (op. cit., n° 18). Lorsque les disposants sont des membres de la personne morale (ou ses créateurs) ils sont intéressés à l'acte qui devient en principe onéreux (voir ci-dessous, n° 500 sqq.).

422 La contrepartie peut être autre que patrimoniale¹²⁵⁷. On ne saurait admettre cependant que tout intérêt du disposant disqualifie l'acte. Selon Madame Rochfeld, l'« admission d'un intérêt ne doit pas automatiquement pervertir la gratuité de ces actes »¹²⁵⁸. C'est le caractère non-rationnel de la contrepartie poursuivie qui définit la libéralité¹²⁵⁹ : « En conclusion, on peut estimer que dès que l'avantage procuré par la charge, même s'il est d'ordre moral, apparaît rationnellement recherché par le disposant... la cause de cet acte ne peut plus être contrôlée selon les critères de celle qui est propre aux actes à titre gratuit »¹²⁶⁰. Dès lors qu'il y a calcul, la qualification d'acte à titre gratuit ne peut être retenue. Or le domaine des personnes morales est celui de l'activité rationnelle. Elles sont dominées par l'idée de but à atteindre par la réalisation d'un objet spécifique. Il semble alors qu'aucune personne morale ne peut en ce sens être fondée par un acte à titre gratuit. Monsieur Dupeyroux pensait au milieu des années cinquante que la jurisprudence abandonnait le critère de l'intérêt moral¹²⁶¹. On peut affirmer aujourd'hui qu'il n'en est rien. En matière d'apports associatifs les juridictions ont eu l'occasion d'affirmer que le simple intérêt moral suffisait à faire de l'apport un acte à titre onéreux.

423 La difficulté de qualifier les actes fondateurs de personnes morales au regard de la distinction des actes à titre onéreux et des actes à titre gratuit vient de ce qu'ils ne sont pas des contrats d'échange mais des contrats d'organisation dans lesquels la contrepartie existe mais n'est pas fournie par les autres membres du groupement ou les autres fondateurs de l'organisation. Dans certaines situations, on a pensé que les parties se dépouillaient sans contrepartie équivalente car elles ne recevaient pas l'équivalent de leurs pairs. La difficulté est plus grande encore lorsque la satisfaction

1257 En ce sens : P. ESMEIN, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours de droit civil approfondi 1933-34, p. 96 sqq. Voir en jurisprudence : Civ., 19 juillet 1894, DP. 1895.1.125 ; Nancy, 17 mars 1920, DP. 1920.2.65, note J. APPLETON ; DP. 1923.1.20. Dans le premier arrêt la cession d'un terrain à une commune en vue de l'édification d'une église a été qualifiée acte à titre onéreux (l'équivalent était cependant en partie matériel dans la mesure où le cédant espérait ainsi profiter d'une plus-value sur des terrains voisins qui étaient restés sa propriété). Dans la seconde espèce l'adhésion à une souscription publique a été qualifiée également acte à titre onéreux car le souscripteur avait trouvé un avantage équivalent à son engagement dans l'avance des fonds par la commune et, surtout, dans le fait que son geste lui avait rendu « l'opinion publique plus indulgente ».

1258 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. priv. n° 311, LGDJ 1999, n° 291.

1259 En ces sens : J. ROCHFELD, thèse précitée, n° 294 sqq. et n° 590.

1260 J. ROCHFELD, thèse précitée, n° 607.

1261 En ce sens : J.-J. DUPEYROUX, thèse précitée, n° 126.

est essentiellement morale et non patrimoniale. Elle n'est cependant pas insurmontable comme le démontre l'étude de l'association et de la fondation.

424 **L'acte de fondation d'une association.** L'acte d'association est-il à titre gratuit ou à titre onéreux ? Selon Pierre Kayser l'association et la société diffèrent comme le titre gratuit et le titre onéreux¹²⁶². Pour Monsieur Pellerin, l'association présente un caractère non onéreux voire gratuit lorsqu'elle est philanthropique¹²⁶³. Cet auteur a adopté une conception du titre gratuit et du titre onéreux qu'il souhaitait adapter au droit des personnes morales. Monsieur Pellerin distingue les situations selon que les membres consentent un sacrifice en contrepartie d'un sacrifice consenti par des tiers ou sans contrepartie¹²⁶⁴. Il ajoute à la *summa divisio* classique une troisième catégorie qui contient les actes non onéreux. Cette proposition appelle une remarque : est-il juste de qualifier le groupement en fonction des relations qu'il entretient avec les tiers ? Aucun contrat n'est qualifié selon cette méthode. Il semble dès lors préférable de s'en tenir aux relations qui existent entre les membres de l'association. Seule la situation des membres d'une organisation ou plus généralement des fondateurs de la personne morale doit être prise en compte.

425 Les sociétaires sont-ils intéressés ? L'activité désintéressée est-elle un mythe ou une réalité¹²⁶⁵ ? La question mérite d'être posée même en l'absence d'apport. On peut affirmer « que le désintéressement cesse d'être désintéressé lorsqu'il est juridicisé ; il est alors pesé en terme d'intérêt symbolique »¹²⁶⁶. Le sacrifice matériel immédiat a une contrepartie symbolique¹²⁶⁷. Dans la sociologie adoptée par Michel Jeantin, « l'économique ne se définit pas par rapport à la matérialité des intérêts mais par rapport au caractère

1262 P. KAYSER, *Société ou association ? L'article 1832 du Code civil et la loi du 1^{er} juillet 1901*, Sirey 1928, p. 134, à propos des apports dans les deux formes de groupements.

1263 J. PELLERIN, *La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé*, RTDCom. 1981.471, n° 51.

1264 J. PELLERIN, article précité, RTDCom. 1981.471.

1265 Pour reprendre la question posée lors d'un colloque organisé par l'université d'Angers : *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Colloque de Fontevraud (15-16 octobre 1981), sous la direction de L. RICHER, collection Travaux et Recherches, série Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales d'Angers, Economica 1983.

1266 M. JEANTIN, *Société et non lucrativité*, in *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Colloque de Fontevraud (15-16 octobre 1981), sous la direction de L. RICHER, collection Travaux et Recherches, série Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales d'Angers, Economica 1983, p. 17.

1267 Ibid.

rationnel/logique du choix opéré par les acteurs sociaux »¹²⁶⁸. Les membres d'une association ne poursuivent pas le partage de bénéfices mais ils se sont réunis pour l'exercice d'une activité. Ils agissent rationnellement. Même lorsqu'ils fondent une association caritative ou humanitaire, les sociétaires organisent rationnellement une activité qu'ils ne pensent pas pouvoir exercer efficacement de manière isolée. Il semble donc exclu qu'ils agissent par pure libéralité¹²⁶⁹. Leur action apparaît dès lors aussi rationnelle que celle des associés d'une société civile ou commerciale même si la nature de l'intérêt n'est pas identique. Le caractère intéressé de l'association entraîne la qualification onéreuse. Cette proposition de voir dans l'acte d'association un acte à titre onéreux ne doit pas être interprétée comme une marque de cynisme ou de défiance à l'égard des associations. Cela ne remet pas en cause leur vertu propre et la grandeur de leur action.

426 La jurisprudence a en plusieurs occasions admis le caractère intéressé des relations au sein des associations. La Cour d'appel de Paris a ainsi admis qu'un dirigeant de SARL avait un intérêt direct dans une association pour déclarer applicable la procédure des conventions réglementées¹²⁷⁰. L'intérêt des sociétaires dans l'association apparaît surtout lorsque l'on étudie la notion d'apport appliquée aux associations. La validité de l'opération n'était cependant pas évidente¹²⁷¹. La loi de 1901 est silencieuse sur ce point. Elle fait uniquement référence à des apports de connaissances et d'activité dans la définition qu'elle donne de l'association en son premier article. La licéité des apports associatifs résulte du décret de 1901¹²⁷². Ce texte prévoit la reprise des apports ce qui suppose leur validité. L'article 809, I, 2° du Code général des impôts dispose également que les apports immobiliers faits aux associations et syndicats sont soumis aux mêmes droits que les apports aux sociétés civiles ou commerciales.

1268 Ibid.

1269 Si l'on définit la libéralité comme un acte dominé par des considérations non rationnelles : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. priv. n° 311, LGDJ 1999, n° 607.

1270 Paris, 26 septembre 1991, RTDCom. 1992.406, n° 10, obs. E. ALFANDARI, M. JEANTIN ; D. 1991, IR. 252 ; B. Joly 1991, § 354, note P. Le CANNU ; RS. 1991.817, obs. Y. GUYON.

1271 Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 17 sq. Voir également : L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 100, spéc. p. 283.

1272 Article 15 du décret du 16 août 1901 qui dispose que « lorsque l'assemblée générale est appelée à se prononcer sur la dévolution des biens, quel que soit le mode de dévolution, elle ne peut, conformément aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, attribuer aux associés, en dehors de la reprise des apports, une part quelconque des biens de l'association ».

Les apports peuvent donc être aussi bien mobiliers qu'immobiliers. Quelle est alors leur nature juridique¹²⁷³ ?

427 L'apport à une association n'est pas une donation. Selon Monsieur Brichet, il ne s'agit ni d'un don ni d'un prêt à usage mais d'une institution *sui generis*¹²⁷⁴. L'apporteur trouve toujours un intérêt, même s'il est simplement moral, à son acte¹²⁷⁵. En tant que membre¹²⁷⁶ il peut bien entendu participer à la vie associative¹²⁷⁷. L'accès à des fonctions de responsabilité au sein de l'association peut être également une contrepartie qui pour ne pas être matérielle n'en a pas

1273 Comparer avec les attributions de biens au profit des associations culturelles rendus nécessaires après la loi de séparation : Civ. I, 26 janvier 1983, D. 1983.317, note A. BRETON. Voir également A. LAVAGNE, *Attribution de biens à une personne morale inhabile à recevoir une libéralité : nature de cette attribution*, D. 1983, Chr. 211. La difficulté est de savoir s'il s'agissait de donation soumise à l'article 931 du Code civil ou s'il s'agissait d'un acte *sui generis*. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui critiquait l'arrêt d'appel au motif que « c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du second degré ont relevé que cet acte trouvait sa cause déterminante dans l'intention libérale de son auteur et en ont déduit qu'il constituait une donation soumise aux règles de forme prescrites par l'article 931 » du Code civil. L'attribution en question ne pouvait être un apport associatif dans la mesure où les pouvoirs de l'attributaire dépassait en l'absence de droit de reprise ceux d'une association bénéficiaire d'un apport.

1274 R. BRICHET, *Associations et Syndicats*, 6^{ème} éd., Litec 1992, n° 447. Dans le même sens : P. CHASSAGNADE-BELMIN, *Les apports aux associations*, JNA. 1958, art. 45646 ; J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. priv. n° 149, LGDJ 1977, n° 274 sqq. spéc. n° 275, qui distingue nettement apport en société et apport associatif.

1275 Ibid. Voir également : E. ALFANDARI, *Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec 1991, p. 265, spéc. p. 269.

1276 Voir J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n°276. Le point de savoir si l'apporteur est nécessairement membre de l'association est discuté. En faveur de l'affirmative : E. ALFANDARI, *Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec 1991, p. 265, spéc. p. 268 ; R. CRÔNE, note sous Civ. I, 27 juin 2000, B. Joly 2000, § 249. En sens contraire : Fr. GÉNY, *Les apports en immeuble aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique. Etude de droit civil et de droit fiscal*, RTDCiv. 1930.653 ; R. BRICHET, *Associations et Syndicats*, 6^{ème} éd., Litec 1992, n° 441 ; Lamy Associations, n° 117-6 sqq. ; X. DELSOL, *Les apports aux associations*, Juris associations 1986, n° 23, p. 31 et n° 24, p. 23 ; G. DELESALLE, *Les apports aux associations*, thèse Paris, Jouve et C^{ie} 1944, n° 51. Si les juges ne constatent pas nécessairement que l'apporteur est ou devient membre de l'association il semble qu'en pratique la contrepartie de l'apport soit souvent l'acquisition de la qualité de membre : E. ALFANDARI, P.-H. DUTEIL, *Associations*, Dalloz Action 2000, Dalloz 2000, n° 433 et 437. Dans le même sens : D. LEPELTIER, *Apports et reprise d'apport dans les associations*, B. Joly 1997, § 191, qui relève que l'apport fait par un non-membre risque d'être requalifié donation. Reste à savoir si la réalisation de l'apport emporte nécessairement acquisition de la qualité de membre : Lamy Associations, n° 117-6 et n° 117-14. Selon M. Potentier l'apporteur devient membre : Ph. POTENTIER, *L'apport aux associations*, JCP. N 1997, p. 831 ; en sens contraire : Lamy Associations, n° 117-6, qui ne se prononce qu'avec prudence sur ce point. On peut ajouter que si l'apporteur acquiert un certain droit de regard sur les affaires de l'association du fait de son apport, ce qui est souvent le cas, il pourrait être considéré comme membre voire comme dirigeant de fait si ce n'est de droit de

moins de réalité. Un simple intérêt moral peut justifier l'apport et en faire un acte à titre onéreux¹²⁷⁸. S'il est vrai que la notion d'intérêt moral est d'un maniement difficile elle reste de droit positif. Le critère de l'intérêt moral a été admis à la fin du XIX^e siècle¹²⁷⁹. Des décisions rendues en matière fiscale ont fait douter de la permanence de la solution dans les années trente¹²⁸⁰. La jurisprudence récente recourt de nouveau à ce critère combiné avec celui de l'intention libérale¹²⁸¹. En réalité, la jurisprudence a maintenu son orientation primitive favorable à la nature onéreuse de l'apport associatif¹²⁸². L'intérêt moral du sociétaire se trouvera essentiellement dans l'exercice par la personne morale destinataire d'une activité dans un but non lucratif.

l'association.

1277 Voir E. ALFANDARI, *Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative*, art. cit., spéc. p. 269.

1278 Orléans, 19 février 1986, *Juris associations* 1986, n° 24, p. 34, qui affirme que la contrepartie « n'a pas forcément une valeur économique mais peut seulement être constituée par l'avantage moral, social ou religieux que retire l'apporteur de son acte d'apport ». Un apport peut avoir une charge culturelle : Civ. I, 30 novembre 1983, *Juris associations* 1986, n° 10, p. 13.

1279 Voir notamment : Civ., 19 juillet 1894, DP. 1895.1.125. Hamel relevait déjà en 1920 que la notion de cause était impuissante à rendre compte de ces actes où le disposant recevait un avantage moral : J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, Sirey 1920, p. 371 sq. Il semblait même y voir une catégorie intermédiaire entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

1280 Civ., 20 janvier 1930, DH. 1930.179 ; S. 1930.1.181, note Fr. GÉNY ; Civ., 24 février 1932, DH. 1932.235 ; S. 1932.1.321, note Fr. GÉNY. Ces arrêts affirment que les apports aux associations ne sont pas soumis aux droits dus pour les actes à titre onéreux. Ils ne les soumettent cependant pas aux droits dus pour les actes à titre gratuit comme le relève Gény. Le problème a été tranché en 1935 par une disposition législative qui est devenue l'article 809, I, 2° du CGI soumettant les apports immobiliers faits aux associations aux mêmes droits que ceux dus pour les apports en société.

1281 Lyon, 8 juin 1971, D. 1971.555, note M. CHAVRIER ; Def. 1972 art. 30054, note Ph. MALAURIE (arrêt maintenu par Civ., 18 octobre 1972, RDSS. 1973.1001, obs. A. LAVAGNE) ; Civ. I, 8 décembre 1982, RDSS 1983.620, obs. A. LAVAGNE ; Orléans, 19 février 1986, *Juris associations* 1986, n° 24, p. 34 ; Civ. I, 30 novembre 1983, *Juris associations* 1986, n° 10, p. 13 ; Civ. I, 1^{er} mars 1988, BC. 1988, I, n° 52 ; Def. 1988 art. 34373, note J. HONORAT ; RTDCiv. 1988.800, obs. J. PATARIN ; JCP. 1989, II, 21373, note M. BÉHAR-TOUCHAIS. Un arrêt de 1976 a parfois été considéré comme générateur d'incertitudes en la matière. Cette opinion ne semble pas justifiée dans la mesure où cette décision affirme d'une part que l'appréciation de l'intention libérale relève du pouvoir souverain des juges du fond et d'autre part qu'en présence d'une telle intention l'acte doit être qualifié donation et non apport (Civ. I, 24 février 1976, D. 1976, IR 133 ; RDSS. 1976.694, obs. A. LAVAGNE). Cette décision ne contredit en rien la doctrine de l'intérêt moral en affirmant seulement le maintien du critère de l'intention libérale. Elle démontre en toute hypothèse la différence qui existe entre apport (valable) et libéralité (nulle en principe lorsqu'elle est faite à une association simplement déclarée).

1282 En ce sens : Ph. A. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse dactyl., Paris II 1993, n° 309 sqq., spéc. n° 311. Qui relève que les décisions qui ont permis la révocation de donations, 'on fait dans des situations où la reprise d'apports était impossible dans le contexte historique particulier de la séparation de l'Eglise et de l'Etat.

L'apporteur est intéressé par l'objet de l'association. La référence à l'activité fait entrer l'acte dans le domaine du rationnel et interdit d'y voir une libéralité¹²⁸³. Il ne s'agit pas d'un critère purement subjectif comme l'ont pensé certains auteurs¹²⁸⁴. L'intérêt est un lien entre les éléments subjectifs et les éléments objectifs de l'acte. En matière de personne morale, il ne saurait y avoir d'apport sans que l'activité, aspect objectif de l'intérêt, soit prise en compte par le disposant¹²⁸⁵. Malgré les difficultés pour reconnaître l'intérêt moral, les auteurs s'accordent pour adopter ce critère¹²⁸⁶.

428 L'apport est une affectation de droit qui implique l'attribution à l'association des prérogatives d'un propriétaire¹²⁸⁷ mais limitées par la spécialité de l'organisation et par le caractère temporaire de l'affectation. L'apporteur conserve un lien avec le bien apporté dans la mesure où il est, en principe, membre de l'association et où il dispose d'un droit de reprise lors de la dissolution du groupement¹²⁸⁸. Cela fait dire à Monsieur Gastaud qu'il ne s'agit pas

1283 Il est vrai cependant que toute condition d'emploi du bien transmis ne modifie pas la nature de l'acte : Req., 17 novembre 1913, Civ., 19 juillet 1921, DP. 1922.1.73, note L. SARRUT, (4^{ème} et 31^{ème} espèces). Le critère de la conformité de la charge au but de la personne bénéficiaire ne semble pas suffisant (il est cependant retenu dans l'arrêt de 1921 et par des auteurs tel que H. SOULEAU : *L'acte de fondation en droit français*, thèse dactyl., Paris 1969, n° 67 sqq. ; Voir également Civ., 28 octobre 1895, S. 1897.1.289, note A. WAHL.). Lorsque l'acte est le fait d'un membre ou d'un fondateur on peut retenir la qualification d'acte à titre onéreux. Au contraire lorsqu'un tiers dispose de ses biens en faveur d'une association ou d'une fondation en respectant sa spécialité propre l'acte est une libéralité. Il serait paradoxal de retenir le critère de la conformité de l'affectation à la spécialité alors que l'on admet que l'intérêt moral lié à la poursuite de l'objet de l'association suffit à qualifier l'apport d'acte à titre onéreux. Si la jurisprudence fait usage de la notion d'intérêt moral elle a certainement abandonné le critère de la conformité à l'objet pour identifier les libéralités faites aux personnes morales.

1284 J. PATARIN, obs. sous Civ. I, 1^{er} mars 1988, RTDCiv. 1988.800 ; H. MÉAU-LATOURE, *La donation déguisée en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, Bibl. dr. priv. n° 184, LGDJ 1985, n° 36 sqq.

1285 Il faut par ailleurs que ce soit une activité à venir qu'envisage le disposant

1286 Voir E. ALFANDARI, *Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative*, article cité, spéc. p. 269 ; R. BRICHET, *Associations et Syndicats*, 6^{ème} éd., Litec 1992, n° 447 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, M. FRANGI, M. KHIR, *Droit des associations*, collection Droit fondamental, PUF 1996, n° 56 ; X. DELSOL, *Les apports aux associations*, Juris associations 1986, n° 23, p. 31 et n° 24, p. 23. En sens contraire : M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. MARTY, Sirey 1947, n° 111.

1287 La théorie de l'affectation sans transfert de propriété soutenue par Gény (Fr. GÉNY, *Les apports en immeuble aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique. Etude de droit civil et de droit fiscal*, RTDCiv. 1930.653) semble ne pas pouvoir être reçue en droit positif (elle est encore soutenue par M. LE BRAS, *Apports et reprise en matière d'association*, B. Joly 1983, §1). Elle est inutilement complexe et est contredite par la pratique qui y voit un transfert de propriété. Voir très net sur ce point : Orléans, 19 février 1986, Juris associations 1986, n° 24, p. 34.

1288 En ce sens : J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n°276. Voir Civ. I, 27 juin 2000, B. Joly 2000, § 249, note R. CRÔNE ; Dr. Soc. 2001, Comm. 1, note Th. BONNEAU. Voir également l'article 15 du décret de 1901. Voir enfin J. MONNET, *Les effets des*

d'une cession pure et simple¹²⁸⁹. Effectivement, il ne s'agit pas d'une cession ordinaire. Comme en matière d'action collective¹²⁹⁰ on peut voir dans l'apport fait à une association une cession faite dans l'intérêt du cédant dont le résultat est comparable à celui de la fiducie¹²⁹¹. L'apport associatif permet ainsi de réaliser une opération fiduciaire¹²⁹².

429 L'acte de fondation. Les auteurs classiques voyaient dans l'acte de fondation une libéralité avec charges¹²⁹³. Pour certains, tel le Marquis de Vareilles-Sommières, les bénéficiaires vivants sont les vrais sujets de droit de la fondation¹²⁹⁴. Malgré l'autorité de l'auteur, on ne peut le suivre sur ce point : les bénéficiaires ne sont pas les sujets de la fondation. En effet, où serait la bienfaisance si les bénéficiaires de la fondation étaient les vrais propriétaires du fond¹²⁹⁵ ? Dès lors que l'on reconnaît que celui qui fait acte de générosité « est satisfait de ce bien que lui procure la charité »¹²⁹⁶ peut-on considérer les fondateurs comme les vrais sujets ? Pourquoi fonder plutôt que donner¹²⁹⁷ ? Le fondateur ne fait pas uniquement un acte de bienfaisance individuelle, il veut perpétuer sa générosité¹²⁹⁸. Il doit pour cela se reposer sur un groupe d'hommes qui fera la charité selon les intentions du fondateur. Selon R. Clémens, « la fondation charitable, c'est un groupe d'hommes qui fait la charité selon les intentions du fondateur, c'est-à-dire selon les modalités d'organisation qu'il a imposées au groupe pour atteindre le but charitable »¹²⁹⁹. Il ajoutait que le but de la fondation « est de faire la charité, les droits appartiennent à ceux qui donnent et sont exercés par les

apports en associations, Actes pratiques n° 58, juillet-août 2001, p. 53.

1289 Ibid.

1290 Voir ci-dessous, n° 534 sqq.

1291 Voir P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} éd., collection Droit fondamental, PUF 1999, n° 405. En ce sens également : R. BRICHET, *Associations et Syndicats*, 6^{ème} éd., Litec 1992, n° 448 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, note sous Civ. I, 1^{er} mars 1988, JCP. 1989, II, 21373.

1292 La licéité des opérations fiduciaires en droit français en l'absence d'une consécration législative mériterait d'être défendue avec plus de vigueur. Voir surtout : A. GOBIN, *Fiducies sans fiducie*, JCP. N, 1994, I, p. 315. Sur la fiducie en général : Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Economica 1981, passim.

1293 En ce sens : M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, LGDJ 1919, n° 1419.

1294 M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, op. cit., n° 1478. Cette opinion était partagée par Michoud : *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 53.

1295 En ce sens : R. CLÉMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Sirey 1935, p. 221.

1296 R. CLÉMENS, thèse précitée, p. 221.

1297 Voir R. CLÉMENS, thèse précitée, p. 225.

1298 Ibid.

1299 R. CLÉMENS, thèse précitée, p. 228.

administrateurs »¹³⁰⁰. En d'autres termes, et en nuanciant le propos on peut affirmer que le fondateur est le véritable intéressé dans l'acte de fondation. Il est celui qui détermine l'activité et le but à poursuivre ; c'est lui également qui définit les modalités d'organisation de la fondation même s'il suit en pratique les statuts types proposés par l'administration.

430 Pour Hauriou, le fondateur reste extérieur à la fondation¹³⁰¹. Il peut certes faire apparaître une individualité objective, une organisation, mais il ne peut créer une personne¹³⁰². Selon l'éminent auteur les bénéficiaires forment le groupe des représentés¹³⁰³. En réalité on ne comprend pas ce qui permet d'intégrer les bénéficiaires alors que le fondateur est rejeté à l'extérieur de la fondation : en quoi sont-ils plus au cœur de la personne morale que le fondateur ? Ils semblent au contraire moins intégrés à la fondation que le fondateur. Ils reçoivent des éléments du patrimoine de la fondation sans rien lui apporter. Ils sont à l'extrémité d'une chaîne qu'ils n'ont pas contribué à constituer. Le fondateur, au contraire, a défini l'organisation de la fondation et en particulier l'intérêt qu'elle doit poursuivre. Il a constitué le capital : il fournit le navire et définit le cap. Comment le considérer moins intégré à l'œuvre qu'il a créée que ceux qui en bénéficient ?

431 Peut-on cependant voir en lui un véritable intéressé sans remettre en cause la qualification traditionnelle de l'acte de fondation ? Les auteurs analysent traditionnellement l'acte de fondation comme une libéralité¹³⁰⁴. Ils reconnaissent cependant que si l'acte est une libéralité avec charge il présente des particularités. Ainsi Geouffre de Lapradelle a relevé que la charge n'est pas un accessoire de la donation ou du testament « mais son principe vital »¹³⁰⁵. Elle devient la cause de l'acte¹³⁰⁶. Mais alors si l'acte trouve sa cause en dehors de l'intention libérale peut-on encore le qualifier libéralité ? Saleilles avait tiré les conséquences de ces observations. Il avait conclu que l'acte de fondation n'est pas une libéralité même s'il

1300 Ibid.

1301 M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGD. 1898.5 et 1898.119.

1302 Ibid.

1303 Ibid.

1304 A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Des fondations*, thèse Paris, Giard et Brière 1894, notamment p. 89.

1305 A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, thèse précitée, notamment p. 266.

1306 En ce sens : A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, thèse précitée, notamment p. 267.

n'est pas non plus un acte à titre onéreux¹³⁰⁷. Peut-être peut-on aller plus loin encore¹³⁰⁸.

432 L'acte de fondation est-il un acte naturellement à titre onéreux ? Le fondateur est intéressé à l'acte de fondation et au fonctionnement de celle-ci. La fondation comme l'association est créée par une cession faite dans l'intérêt du cédant-fondateur¹³⁰⁹. Les conséquences d'une telle conclusion seraient cependant regrettables. Il ne s'agit pas de la noblesse de l'acte de fonder qui n'est pas moindre du fait qu'il est intéressé et prendrait la forme d'un acte à titre onéreux. Le problème essentiel tient à ce que la qualification naturelle que l'on vient de mettre en évidence conduirait à écarter le régime des libéralités : l'acte de fondation ne serait soumis ni à rapport ni à réduction en cas de dépassement de la réserve. Malgré la pratique de ce que l'on appelle la réserve administrative¹³¹⁰, une telle solution serait certainement dangereuse pour les héritiers des fondateurs. Aussi est-il préférable de relever que les textes traitent de legs lorsqu'ils visent l'acte de fondation à cause de mort¹³¹¹. Cet acte peut alors être qualifié de libéralité¹³¹² par détermination de la loi. Cette qualification n'est cependant pas pleinement satisfaisante dans la mesure où la nature de l'acte de fondation semble se trouver du côté du titre onéreux¹³¹³. Il serait peut-être plus juste de reconnaître cette nature onéreuse de l'acte de fondation tout en perfectionnant les mécanismes de contrôle préalable tel que celui que l'on appelle la réserve administrative. Il existe une autre voie qui autoriserait un contrôle *a posteriori*. Il s'agit de celle dégagée en matière d'assurance-vie. Seul le versement de sommes excessives seraient requalifié donation¹³¹⁴. De même, la crainte de permettre des fondations illicites serait illusoire. Certes l'article 900 du Code civil serait inapplicable aux fondations mais le contrôle administratif qui aboutit à la

1307 R. SALEILLES, note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894.2.185.

1308 Voir les analyses récentes de M^{elle} GUEDJ : *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse dactyl., Paris II 1999, n° 39 sqq., à propos de l'acte de fondation sans création d'une personne morale nouvelle : le plus souvent l'acte restera à titre gratuit mais il deviendra onéreux lorsqu'il sera fait entre vifs.

1309 On a parfois soutenu que les biens n'étaient pas transmis mais affectés : Ph. SOULEAU, conclusions sous T. civ. Seine, 26 février 1958, GP. 1958.1.325. L'idée était déjà présente chez Saleilles : note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894.2.185 (elle peut être rapprochée de la théorie des apports aux associations développée par Gény : Fr. GÉNY, article précité). Voir la critique de cette opinion chez M^{elle} GUEDJ, thèse précitée, n° 238 sqq.

1310 Sur la réserve administrative : V. GUEDJ, thèse précitée, n° 397 sqq.

1311 Article 18-2 de la loi de 1987 sur le développement du mécénat.

1312 La même qualification s'appliquerait aux fondations entre vifs.

1313 Voir Civ., 28 octobre 1895, S. 1897.1.289, note A. WAHL.

1314 Article L. 132-13 du Code des assurances.

reconnaissance d'utilité publique ne laissera jamais venir à la vie juridique une fondation causée par une charge illicite ou immorale.

433 **Les avantages matrimoniaux.** Les conventions matrimoniales peuvent contenir des avantages au profit des époux. Aux termes de l'article 1527 du Code civil, les avantages matrimoniaux que les époux peuvent retirer des clauses d'une communauté conventionnelle « ne sont point regardés comme des donations ». L'expression laisserait cependant penser que c'est par une disposition de la loi que les avantages matrimoniaux sont considérés comme consentis à titre onéreux. S'ils sont « regardés comme », cela suppose que tel n'est pas leur vraie nature. Cette exégèse serait cependant erronée¹³¹⁵. Le doyen Carbonnier a démontré dans sa thèse que les avantages matrimoniaux relevaient naturellement et non fictivement de la catégorie des actes à titre onéreux¹³¹⁶. Cette qualification démontre s'il en était besoin que les époux sont les personnes intéressées au sein de la famille. Leur situation peut être rapprochée de celle des membres d'une association ou d'une société ou de celle des fondateurs d'une fondation¹³¹⁷.

434 Monsieur Lucet a soutenu dans sa thèse que le régime matrimonial était antérieur à la distinction du titre onéreux et du titre gratuit et que l'avantage matrimonial lui était extérieur¹³¹⁸. Le régime détermine le domaine du titre onéreux et du titre gratuit et ne peut donc qu'être antérieur à la distinction¹³¹⁹. L'avantage matrimonial qui résulte du fonctionnement du régime est alors extérieur à la distinction dans la mesure où aucun transfert « trouvant son origine dans les règles strictement matrimoniales ne saurait être qualifié au regard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux »¹³²⁰. La proposition est séduisante. Cependant on comprend difficilement que

1315 Sur cette interprétation : J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret 1932, p. 670 sq. Voir également l'article 1525 qui contient une disposition comparable en matière de clauses de partage inégal (le texte les qualifie de « conventions de mariage et entre associés »).

1316 Ils sont la contrepartie des apports des époux : J. CARBONNIER, thèse précitée, p. 678 sq. Si les apports sont en principe exclu depuis 1965 (article 1405 du Code civil) la démonstration de Monsieur Carbonnier reste valable d'une part parce que l'on ne peut nier l'existence d'une certaine affectation familiale des biens propres des époux (le logement propre d'un époux notamment ; sans oublier que les apports existent encore en cas d'avantages matrimoniaux), et d'autre part parce qu'il y a transfert de valeurs au sein et par l'intermédiaire de la société conjugale.

1317 C'est en définitive le régime matrimonial qui serait à titre onéreux et non seulement les avantages matrimoniaux qui en résultent.

1318 Fr. LUCET, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse dactyl., Paris II 1987, n° 512 sqq., spéc. n° 577.

1319 Fr. LUCET, thèse précitée, n° 567.

1320 Fr. LUCET, thèse précitée, n° 567 et n° 568 sqq.

l'application d'un acte qui a pour effet de définir le domaine respectif de chaque qualification¹³²¹ conduise à une situation que l'on ne pourrait qualifier au regard de la distinction que l'acte initial était sensé fonder. Si l'on peut admettre que le régime matrimonial est antérieur à la distinction, il est exclu que les avantages matrimoniaux lui échappent. Ils sont bien plus sûrement onéreux ainsi que le soutenait Monsieur Carbonnier, établissant ainsi que les époux sont intéressés au fonctionnement de la famille et de leur régime matrimonial.

435 L'immanence se retrouve en définitive aussi bien dans la fondation que dans l'association et dans la famille, dont la personnalité morale devient ainsi à nouveau envisageable. Ces institutions sont effectivement sans but lucratif mais elles ne sont pas pour autant désintéressées. L'intérêt qui supporte leur personnalité morale n'est pas un intérêt transcendant mais un intérêt immanent : cela signifie qu'il n'est pas d'une nature différente de celui des personnes qui créent l'organisation chargée de le défendre. La preuve se trouve dans l'idée qui vient d'être formulée que les actes de fondations sont toujours des actes intéressés et par nature à titre onéreux. L'intérêt des personnes morales n'est jamais extérieur à l'organisation qu'elles personnifient. On peut ajouter que, s'il n'y a pas de membre dans une fondation¹³²², il existe tout de même des parties à l'acte de fondation, le ou les fondateurs, dont l'intérêt détermine celui de la personne morale¹³²³.

436 Le particularisme de l'acte d'organisation est donc certain. Que ce soit sur le terrain du consentement, de l'identité d'intérêt ou de la nature onéreuse de l'acte, il ne ressemble pas au contrat ordinaire. Il en est de même lorsque l'on constate qu'il est soumis à des règles tendant à assurer son opposabilité.

1321 Et qui échapperait alors légitimement à la distinction.

1322 Ou s'il n'y a pas de groupement dans une personne morale unipersonnelle.

1323 En ce sens voir également : *Répertoire Civil*, V^{is} *Personne morale*, par G. WICKER, n° 26.

III L'opposabilité de l'acte d'organisation

437 **La notion d'opposabilité.** Le droit des obligations connaît deux grands principes : celui de la force obligatoire et celui de l'effet relatif¹³²⁴. Cette présentation est cependant incomplète dans la mesure où elle voue le contrat à un « splendide isolement »¹³²⁵. Il faut parfaire cette description par l'affirmation d'un principe complémentaire : celui de l'opposabilité. Il s'agit d'un « phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties »¹³²⁶. Pour Monsieur Duclos, l'opposabilité est « la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe »¹³²⁷. C'est dire ainsi que le contrat n'est pas le seul objet possible de l'opposabilité¹³²⁸.

438 L'idée d'opposabilité de l'acte d'organisation a été peu étudiée. Certaines théories l'ignorent comme celle de la fiction qui nie le substrat de la personne morale pour ne retenir que l'idée d'unité¹³²⁹. Le concept de personnalité morale est cependant manifestement lié dans le droit contemporain à celui d'opposabilité. La première de ses manifestations est la publicité que l'on impose à l'acte d'organisation de la personne morale. Cet acte sélectionne parmi les intérêts des fondateurs¹³³⁰ celui que poursuivra la personne morale et crée ses organes¹³³¹. Cet acte fondateur de personnes morales a une dernière particularité, celle d'être l'objet de mesures de publicité. Cette question de la publicité est directement liée à la question de la date d'apparition de la personnalité morale¹³³². Elle permet de rendre opposable l'acte juridique qui organise l'intérêt de la personne morale. Cet acte fondateur échappe donc au principe de l'effet relatif¹³³³.

1324 Articles 1134 et 1165 du Code civil.

1325 Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 458.

1326 *Traité de droit civil*, de J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, par J. GHESTIN, avec la collaboration de Chr. JAMIN et M. BILLIAU, 3^{ème} éd., LGDJ 2001, n° 724.

1327 J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, préf. D. MARTIN, Bibliothèque droit privé n° 179, LGDJ 1984, n° 2-1.

1328 En ce sens : J. DUCLOS, thèse précitée, n° 2-2.

1329 En ce sens : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 362 sq.

1330 Et éventuellement des futurs membres.

1331 C'est en ce sens notamment qu'il organise. Voir également B. DONDÉRO, *Les groupements sans personnalité juridique en droit privé*, thèse dactyl., Paris X 2001, n° 213 sqq., selon qui l'intérêt collectif naît des intérêts individuels organisés.

1332 Voir ci-dessous, n° 665 sqq. Voir également B. TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes*, 6^{ème} éd., Litec 2001, n° 530.

1333 Voir R. SAVATIER, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTDCiv. 1934.526, spéc. p. 528 sq. Selon Monsieur Paul Didier ce serait une caractéristique du contrat organisation que de voir son opposabilité accrue : P. DIDIER, *Brèves notes*

439 L'acte d'organisation est l'objet de multiples mesures de publicité. Elles varient d'une catégorie de personnes morales à l'autre et plusieurs publicités sont parfois requises pour la création d'une même personne morale. La question se pose alors de déterminer celle qui est essentielle pour rendre l'acte opposable et créer la personne morale. Dans la mesure où la création d'une personne morale est le résultat d'une procédure chaque stade de cette procédure est nécessaire mais il en est un qui produit un effet particulier. C'est ce qu'il s'agit d'examiner maintenant.

440 **L'association.** La difficulté est apparue notamment en matière d'association. En effet, la loi de 1901 prévoit deux mesures de publicité. Par la déclaration en préfecture les fondateurs font connaître « le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements et les noms, professions, domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration »¹³³⁴. Il est précisé ensuite que « l'association n'est rendue publique que par une insertion au Journal officiel, sur production [du] récépissé » délivré par la préfecture lors de la déclaration¹³³⁵. Quelle est la formalité qui rend l'acte d'association opposable et constitue la personnalité morale de l'association ? Est-ce la déclaration en préfecture ou l'insertion au Journal officiel ? Lescot s'était prononcé en faveur de la déclaration¹³³⁶ tandis que Sebag a soutenu au contraire que seule la publicité constituait la personnalité morale de l'association¹³³⁷. C'est également la solution retenue par la jurisprudence¹³³⁸. C'est certainement la meilleure car seule l'insertion au Journal officiel garantit la connaissance par les tiers de l'existence de l'association même si ce n'est que par la consultation des documents déposés en préfecture que l'organisation exacte de l'association sera connue¹³³⁹.

441 Deux affaires récentes ont fourni un exemple intéressant. Une société opposée à une URSSAF avait opposé à l'organisme son

sur le contrat-organisation, article précité.

1334 Article 5 alinéa 2 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

1335 Article 5 alinéa 4 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

1336 P. LESCOT, *Essai sur la Période Constitutive des Personnes Morales de droit privé*, thèse Dijon, Rousseau 1913, p. 72.

1337 L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Sirey 1938, p. 294 sqq.

1338 Civ., 10 février 1942, DA. 1942, Somm. 5.

1339 En ce sens : Mémento pratique Francis Lefebvre, *Associations et Fondations*, 1999-2000, n° 128 sqq., spéc. n° 130, c'est la publication de l'association qui transforme la convention en personne morale. Le même ouvrage affirme que l'insertion au Journal officiel a pour finalité l'information des tiers (n° 128). La solution est transposable au dépôt des statuts d'un syndicat.

inexistence au motif qu'elle ne produisait pas ses statuts. Les premiers juges qui avaient suivi cette argumentation ont été contredits par la Cour d'appel de Versailles qui a jugé au contraire que les URSSAF « dont les règles d'organisation et de fonctionnement sont marquées par la présence de la puissance publique, ainsi qu'il ressort des articles L. 151-1 et L. 213-2 du Code de la sécurité sociale, disposent de la personnalité morale dès leur création »¹³⁴⁰. La Cour d'appel a ajouté que « la démonstration de leur existence ne peut être subordonnée à la production de leurs statuts »¹³⁴¹. Ce litige est l'occasion de rappeler que la loi peut rendre opposables des organisations sans pour autant leur reconnaître expressément la personnalité morale. Pratiquement la solution est cependant étonnante en l'espèce car l'URSSAF en cause n'était pas en mesure de fournir autre chose que des statuts périmés. Il était alors permis de se demander ce que la loi avait bien pu rendre opposable. L'argument était certes invoqué de mauvaise foi dans cette affaire¹³⁴², mais la protection des tiers aurait pu conduire à une solution plus rigoureuse. La mission de service publique confiée aux URSSAF a certainement influencé la décision des magistrats. La même solution a été adoptée par la Cour d'appel de Dijon le 12 octobre 1999¹³⁴³. La Cour d'appel a relevé que les URSSAF « détentrices de prérogatives de puissance publique, étroitement contrôlées par les pouvoirs publics quant à leur constitution et à leur fonctionnement, ne peuvent être assimilées à des associations de droit privé pour lesquels est exigé le dépôt en préfecture ».

442 Les sociétés civiles et commerciales. Les sociétés sont soumises à de nombreuses formalités qui alourdissent parfois à l'excès leur constitution lorsqu'elles revêtent une forme commerciale¹³⁴⁴. Toute société commerciale doit en effet procéder à l'enregistrement de ses statuts¹³⁴⁵ et à une insertion dans un journal d'annonces légales¹³⁴⁶ avant de déposer ses statuts au greffe du tribunal de commerce¹³⁴⁷ afin

1340 Versailles, 28 septembre 1999, JCP. E 2000, p. 890, obs. G. VACHET ; RJS. 8-9/99, n° 1124.

1341 Ibid.

1342 Les URSSAF ont informé les cotisants qu'elles entendaient demander des dommages-intérêts à ceux qui invoqueraient cet argument dans leurs conclusions : Bulletin Social 8-9/99, n° 815.

1343 Dijon, 12 octobre 1999, JCP. 2000, II, 10303, note J.-J. DAIGRE.

1344 Voir *Publicités légales et informations dans les affaires*, sous la direction d'A. SAYAG, collection le droit des affaires, études du CREDA, Litec 1992, n° 144 sqq.

1345 Il s'agit d'une formalité fiscale. Voir Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration d'A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 60.

1346 Article 285 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967.

1347 Article 48 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés.

d'être immatriculée au registre du commerce¹³⁴⁸ et des sociétés. Après cela elle devra encore procéder à une dernière insertion au B.O.D.A.C.C.¹³⁴⁹. Toute société est aujourd'hui soumise à publicité depuis que la loi de 1978 a imposé l'immatriculation des sociétés civiles. La formalité essentielle est celle qui vise la publicité des statuts. Toutes les formalités énumérées ici ne sont pas des mesures de publicité et une seule vise les statuts dans leur intégralité. Il s'agit de l'immatriculation. Or, aux termes de l'article L. 210-6 du Code de commerce, les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés¹³⁵⁰. Le contenu de cette disposition a été repris dans le Code civil à l'article 1842. Ce n'est que par une publicité de l'intégralité des statuts que les tiers peuvent réellement être présumés informés de l'existence de la personne morale et de son organisation.

443 L'absence de manifestation extérieure de la société civile avant la réforme de 1978 était un argument pertinent contre la reconnaissance de la personnalité morale de cette organisation¹³⁵¹. Cela n'avait pas empêché la Cour de cassation de proclamer la personnalité morale des sociétés civiles dans des arrêts demeurés célèbres de la fin du XIX^e siècle¹³⁵². La réforme de 1978 tout en imposant le principe de l'immatriculation pour les sociétés civiles a

1348 Article L. 210-6 du Code de commerce.

1349 Article 286 du décret de 1967.

1350 Articles 1842 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce. La règle semble ne plus connaître d'exception depuis que les sociétés d'exercice libéral ont vu leur régime modifié par la loi du 31 décembre 1990 : loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, article 1^{er} et article 3 (agrément de la SEL par l'autorité compétente ou son inscription sur une liste professionnelle). La loi de 1966 appliquait de manière anticipée les principes de la première directive européenne. Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, op. cit., p. 139. Sur la situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation : D. BASTIAN, *La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce*, in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Librairie Technique 1968, p. 23, qui rejette la distinction entre existence et jouissance de la personnalité morale et considère que la société est formée avant son immatriculation mais dénuée de personnalité morale.

1351 En ce sens : L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, 3^{ème} éd., Dalloz 1925, n° 223 sqq., qui n'admettent aucune publicité de fait. En sens contraire : Ed. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd., Rousseau 1904, n° 298. Meynial avait souhaité la personnification des sociétés civiles mais redoutait l'insécurité d'une solution purement jurisprudentielle. Sa note sous Req., 2 mars 1892 au Sirey 1892, première partie, page 497 est plus critique que celle sous Req., 23 février 1891 au Sirey 1892, première partie, page 73. L'absence de publicité satisfaisante de la société civile lui apparaissait comme un défaut grave. Cette solution est restée celle du droit belge : Cass. Belgique, 12 novembre 1935.4.5.

1352 Req., 23 février 1891, D. 1891.1.331 ; S. 1892.1.73, note MEYNIAL ; Req., 2 mars 1892, S. 1892.1.497, note MEYNIAL.

toléré le maintien de la personnalité morale des sociétés constituées avant elle¹³⁵³. La loi relative aux nouvelles régulations économiques prévoit pour les sociétés civiles qui n'étaient pas immatriculées l'obligation de procéder aux formalités d'immatriculation sous peine de perdre la personnalité morale¹³⁵⁴. L'exigence de publicité en droit des sociétés est donc devenue générale en droit positif sauf pour la société en participation.

444 La société en participation¹³⁵⁵ n'a pas, en principe, la personnalité morale¹³⁵⁶. Longtemps, le caractère occulte de la participation a semblé constituer un obstacle dirimant à l'acquisition de la personnalité morale¹³⁵⁷. Aujourd'hui que la société en participation peut être ostensible, il faut trouver une nouvelle explication. Elle est une société dont les associés sont convenus de ne pas l'immatriculer. Ses statuts ne sont donc pas publiés. La simple révélation aux tiers est insuffisante pour fonder la personnalité dès lors qu'il n'y a pas eu immatriculation¹³⁵⁸. L'organisation ne peut devenir opposable en l'absence de publicité. On ne peut, de plus, aller contre la volonté des associés qui sont convenus de ne pas immatriculer leur société. Ils ont donc souhaité ne pas lui donner la personnalité morale. Les statuts d'une société en participation sont opposables comme tout autre contrat de droit privé. La situation est-elle différente si on lui adjoint une indivision conventionnelle¹³⁵⁹ ? La solution dépend de celle que l'on adopte pour l'indivision elle-même¹³⁶⁰.

1353 Article 4 alinéa 4 de la loi du 4 janvier 1978. Sur les difficultés nées de cette disposition : Civ. III, 23 février 2000, B. Joly 2000, § 148, note Y. DEREU ; D. 2000, AJ. 206, note M. BOIZARD ; D. 2000, Somm. 481, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; RTDCom. 2000.679, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; Def. 2000, art. 37243, n° 7, note J. HONORAT.

1354 Article 44 de la loi du 15 mai 2001.

1355 De même que la société créée de fait qui est une situation de fait : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. priv. n° 212, LGDJ 1990, n° 296 sqq. et n° 365 sqq. **S. Vacrate...**

1356 La question était débattue au début du XIX^e siècle : Paris, 9 août 1831, S. 1831.2.259, avait affirmé que la société en participation était une personne morale. Cet arrêt a été cassé : Civ., 2 juin 1834, S. 1834.1.603.

1357 La solution est identique pour le pool bancaire, qui peut souvent être assimilé à une société en participation : Com., 17 décembre 1996, B. Joly 1997, § 140, note J.-J. DAIGRE ; Com., 27 mars 2001, Dr. Soc. 2001, Comm. 110, note Th. BONNEAU ; JCP. E 2001, p. 1677, note J.-P. STORCK ; PA. 29 octobre 2001, n° 215, p. 7, note J.-B. LENHOF.

1358 On peut donc bien dire que la publicité par immatriculation est constitutive de la personnalité morale et non seulement déclarative : Cl. DUCOULOUX, *Répertoire Dalloz Sociétés*, V° *Publicité* n°45 sq.

1359 Ce que la loi elle-même prévoit : article 1872 du Code civil.

1360 Le raisonnement vaudra également pour l'association non déclarée, dont les biens sont soumis à l'indivision. Voir M. MARGAT, *La condition juridique des associations non déclarées*, RTDCiv. 1905.235.

445 **L'indivision.** L'acte d'organisation de l'indivision est traditionnellement la loi dans la mesure où elle n'est pas en principe un état voulu. Son opposabilité est donc celle que l'on reconnaît à la loi qui impose une situation indivise dans certaines hypothèses déterminées par elle comme le décès¹³⁶¹. L'indivision peut-elle être opposable à tous ? Est-elle l'objet de mesures de publicité de nature à faire présumer que les tiers ont connaissance de l'existence et de l'organisation de l'indivision ? L'indivision légale n'est pas publiée en principe même s'il est utile ou nécessaire de procéder à certaines formalités lorsque apparaît une situation indivise¹³⁶². Elles restent cependant souvent rudimentaires. L'indivision non conventionnelle n'est pas nécessairement publiée. Elle ne l'est que lorsqu'elle comprend des biens soumis eux-mêmes à publicité et notamment des immeubles. On peut penser alors que cela suffit à rendre opposable à tous l'acte légal d'organisation de l'indivision et l'intérêt commun des indivisaires. Le procédé reste cependant imparfait dans la mesure où cette publicité prévue par l'article 28, 6° du décret de 1955 n'est qu'une publicité informative et non aux fins d'opposabilité. La sanction du défaut de publicité n'est pas l'inopposabilité mais la responsabilité civile¹³⁶³. La solution est regrettable notamment au regard de l'impératif de protection des tiers. Rares sont donc les situations dans lesquelles un système efficace de publicité est organisé. Il en est cependant ainsi dans certaines hypothèses parmi les plus importantes et notamment en matière de fonds de commerce¹³⁶⁴.

446 La publicité de l'indivision conventionnelle est un peu plus élaborée. Elle est imposée par l'article 1873-2 du Code civil. La situation des immeubles doit être publiée selon les règles de la publicité foncière. Elle n'est guère satisfaisante notamment en matière mobilière. Dans l'indivision conventionnelle, seules les créances doivent faire l'objet d'une publicité insuffisante : celle de l'article 1690 du Code civil. Certains meubles peuvent bien entendu faire l'objet de règles particulières comme le fonds de commerce. Cette dernière observation devrait permettre de rendre le plus souvent opposable une

1361 L'indivision est dotée d'un régime primaire qui trouve sa place dans la partie du Code civil relative aux successions : articles 815 sqq. du Code civil.

1362 Pour les indivisions de droits sociaux voir notamment : la publicité de l'article 15, 9° du décret du 30 mai 1984 relatif au RCS (publicité des associés tenus indéfiniment et solidairement du passif) ; la pratique des inscriptions en compte joint des coindivisaires (voir Lamy Sociétés commerciales, par J. MESTRE, Chr. BLANCHARD-SÉBASTIEN, D. VELARDOCCHIO, n° 1426). Voir également : article 8, 6° du décret du 30 mai 1984 pour le fonds de commerce indivis.

1363 Article 30, 4° du décret de 1955.

1364 Article 8, 6° du décret du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés.

société en participation puisqu'elle exploite en principe un fonds de commerce. Monsieur Paul Didier constate que lorsqu'une indivision conventionnelle complète une société en participation on est alors très proche de la personnalité morale¹³⁶⁵. Ce n'est cependant pas le fait des règles relatives à la société en participation. Les règles relatives au droit de l'indivision constituent un régime personnifiant dont les effets sont accrus en raison de sa combinaison avec les règles des sociétés en participation.

447 La copropriété de navire est soumise quant à elle à un régime de publicité spécifique. Elle est contenue aux articles 88 et suivants du décret n° 67-967 du 27 octobre 1967. L'article 92 du décret dispose notamment que la fiche d'inscription du navire mentionne les noms des gérants et les clauses des conventions de copropriété relatives à la responsabilité des gérants et des quirataires. Les tiers peuvent prendre connaissance de l'acte d'organisation de la copropriété quirataire. L'acte devient alors opposable à tous. On remarquera seulement l'importance accordée aux clauses relatives à la responsabilité. Cela s'explique par le fait que les autres règles d'organisation de la société de quirataires sont d'ordre public. On peut leur reconnaître en définitive la même opposabilité qu'à la loi elle-même dès lors que la situation de copropriété du navire est publiée.

448 Le règlement du syndicat des copropriétaires devient opposable à tous par sa publication¹³⁶⁶. Cependant la copropriété elle-même apparaît en vertu de la loi dès que l'on se trouve en situation de copropriété¹³⁶⁷. L'opposabilité semble résulter autant de la loi que d'un mécanisme de publicité volontaire¹³⁶⁸. Il serait sans doute préférable pour la sécurité des copropriétaires et des tiers de subordonner l'acquisition de la personnalité morale à une formalité de publicité du règlement. On distinguerait l'apparition du syndicat, qui aurait lieu de plein droit dès que l'on se trouve en situation de copropriété, et l'acquisition de la personnalité morale, liée à la publicité du règlement nécessaire à son opposabilité. N'est-ce pas le régime applicable aux sociétés ?

449 En conclusion, de cette brève étude des mécanismes de publicité des copropriétés on ne peut que regretter la complexité du

1365 P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, op. cit., p. 503 sqq. Voir également Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'indivision dans les sociétés en participation*, JCP. 1980, I, 2970.

1366 Article 13 de la loi de 1965.

1367 Civ. III, 15 novembre 1989, BC., III, n° 214. Voir également : R. MARTIN, *La naissance de la copropriété*, Annales des loyers 1990, p. 1032.

1368 Article 14 de la loi.

droit positif. S'il existe des formalités de publicité satisfaisantes pour rendre l'indivision opposable à tous ¹³⁶⁹, la multiplication des systèmes nuit nécessairement à leur efficacité. On ne peut que souhaiter une unification des procédés de publicité des indivisions légales et conventionnelles tout en conservant à l'esprit qu'une telle amélioration aura nécessairement une influence sur la personnalité morale de l'indivision dont l'opposabilité sortirait renforcée.

450 **La fondation.** En tant qu'acte administratif la reconnaissance d'utilité publique est aussi une condition de l'opposabilité de l'acte de fondation¹³⁷⁰. En matière de fondation la reconnaissance d'utilité publique constitue la personnalité morale en même temps qu'elle donne la capacité à l'institution. Par sa publicité elle rend la fondation opposable à tous¹³⁷¹. C'est donc du jour de l'entrée en vigueur de la reconnaissance d'utilité publique que la fondation est une personne morale. On peut cependant regretter que la publicité n'ait lieu que par extrait voir simple mention ce qui est insuffisant pour assurer une parfaite information des tiers¹³⁷². Ceux-ci devront obtenir communication des documents relatifs à la fondation auprès de la préfecture ou du ministère de l'Intérieur¹³⁷³. Le fait que les fondateurs se conforment le plus souvent aux statuts-types permet cependant de limiter les risques pour les tiers. Des règles analogues s'appliquent en matière de fondation d'entreprise. Elle acquiert la personnalité morale à compter de la « publication au Journal officiel de l'autorisation administrative qui lui confère ce statut »¹³⁷⁴.

451 **La famille.** Le mariage est évidemment l'acte fondateur de la famille légitime. Comment le mariage est-il rendu public? Le mariage est un acte solennel dont la célébration est constatée par un acte d'état civil. La célébration est publique¹³⁷⁵. La publicité des actes d'état civil est une nécessité pratique afin de ne pas compromettre les intérêts des tiers. Dans ce but, le législateur a prévu que les tiers

1369 L'indivision immobilière (légale ou conventionnelle), l'indivision d'un fonds de commerce (légale ou conventionnelle), l'indivision conventionnelle sont opposables aux tiers et peuvent donc être reconnues comme des personnes morales dans la mesure où l'on a relevé l'existence d'un intérêt propre à l'indivision (voir ci-dessus, notamment n° 282 sqq.).

1370 Voir en droit public à propos des groupements d'intérêts publics et des établissements publics : F. LINDITCH, thèse précitée, p. 137.

1371 Le décret en Conseil d'Etat de reconnaissance d'utilité publique fait l'objet d'une publicité au JO.

1372 En ce sens : M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF 1980, p. 246 sq.

1373 Ibid.

1374 Article 19-1 de la loi de 1987.

1375 Articles 63 sqq. du Code civil.

peuvent obtenir communication d'extraits des actes d'état civil et des actes conservés au répertoire civil¹³⁷⁶. La situation matrimoniale des époux est donc en principe opposable à tous¹³⁷⁷. Le principe est cependant que les époux ne peuvent se prévaloir de leur qualité à l'égard des tiers que par la production de l'acte de mariage¹³⁷⁸. La publicité du mariage serait encore rudimentaire s'il n'était prévu, en outre, une publicité de l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance¹³⁷⁹. Elle reste incertaine en pratique dans la mesure la prise de connaissance du mariage suppose la localisation du lieu du mariage ou du lieu de naissance de l'un des époux ce qui est devenu pratiquement difficile de nos jours. Les conventions matrimoniales sont également rendues publiques par une mention sur l'acte de mariage¹³⁸⁰. L'opposabilité est organisée par le droit positif qui ne semble cependant pas toujours soucieux de rendre effective la connaissance qu'il présume. Cela pourrait néanmoins suffire pour permettre la personnification de la famille dont l'intérêt propre a déjà été isolé¹³⁸¹. Il serait cependant opportun de perfectionner le système de publicité afin de le rendre plus efficace. On mesure ainsi la distance qui sépare le mariage du pacte civil de solidarité dont l'opposabilité n'est pas réellement organisée par le droit positif. En effet, s'il est possible à un créancier de connaître l'existence d'un tel pacte, il lui est juridiquement impossible d'en connaître le contenu et les parties¹³⁸². Malgré la formule de l'article 515-3 alinéa du Code civil il est impossible d'affirmer que le pacte civil de solidarité est opposable à tous comme l'est un acte d'organisation d'une personne morale¹³⁸³. Le pacte civil de solidarité semble être impuissant à fonder une personne morale¹³⁸⁴.

1376 Articles 8 sqq. du décret n° 62-921 du 3 août 1962 relatifs aux actes d'état civil et articles 1057 sqq., 1291 (modification de la répartition des pouvoirs entre les époux), 1292 (séparation de biens judiciaire), 1303 (changement de régime matrimonial) du NCPC.

1377 Sur les conventions matrimoniales : article 1394 du Code civil. Voir également : A. COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 10^{ème} éd., Litec 2000, n° 311 sqq.

1378 Article 194 du Code civil.

1379 Article 76 du Code civil.

1380 Article 1394 du Code civil. En cas de changement : article 1397 du Code civil.

1381 Voir ci-dessus, n° 288 sqq.

1382 Voir le décret n° 99-1090 du 21 décembre 1999 relatif aux conditions dans lesquelles sont traitées et conservées les informations relatives à la formation et à la dissolution du pacte civil de solidarité et autorisant la création à cet effet d'un traitement automatisé des registres mis en œuvre par les tribunaux d'instance, par le greffe du tribunal de grande instance de Paris et par les agents diplomatiques et consulaires français (sic), articles 3 et 5.

1383 S'il est opposable aux tiers c'est comme tout contrat.

1384 Voir l'idée émise en sens contraire par Monsieur Sérioux : *Etre ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile*, Droit de la famille, Hors-série décembre 1999, p. 10, n° 7.

452 **Les comités sociaux.** La loi elle-même peut bien entendu rendre opposable un acte d'organisation. Les comités sociaux sont ainsi rendus obligatoires et organisés par la loi¹³⁸⁵. L'arrêt de la Cour de cassation de 1954¹³⁸⁶ qui a reconnu la personnalité morale des comités d'établissement a pu être considéré comme une interprétation de la loi¹³⁸⁷. Il se fondait en effet essentiellement sur une interprétation de l'ordonnance de 1945.

453 La loi permet-elle cependant une véritable publicité qui rende opposable un comité d'entreprise? La première réunion du comité donne lieu à la rédaction d'un procès-verbal qui fait office d'acte constitutif¹³⁸⁸. Cependant cet acte n'est pas publié¹³⁸⁹. Il est vrai que la publicité n'est guère utile pour rendre opposable l'organisation du comité dans la mesure où elle est obligatoire dès lors que les conditions légales sont réunies. De plus le comité est régi par des règles impératives. La difficulté tient à l'opposabilité de l'existence même du comité. Il faut reconnaître que la publicité reste très imparfaite car elle suppose plus qu'elle ne permet la connaissance des tiers. On suppose d'une part que les tiers ont connaissance de la norme qui implique la création d'un comité social lorsque l'entreprise se trouve dans une certaine situation de fait¹³⁹⁰, ce qui ne fait pas difficulté. On suppose d'autre part que les tiers ont les moyens de savoir que l'entreprise se trouve effectivement dans cette situation. Cette connaissance est bien entendu possible mais il faut reconnaître qu'elle n'est guère aisée. Reste enfin la difficulté créée par les comités conventionnels¹³⁹¹. Ils ne peuvent être considérés comme opposables en vertu de la loi qui ne fait qu'autoriser leur constitution. L'opposabilité est encore imparfaite. Elle existe cependant car les accords et conventions collectifs de travail ne sont pas des contrats comme les autres. Ils sont dotés d'une opposabilité supérieure en vertu de la loi et sont soumis à publicité¹³⁹². Il faut reconnaître en définitive le caractère très imparfait du mécanisme d'opposabilité des

1385 Article L. 431-1 sqq. du Code du travail, pour le comité d'entreprise.

1386 Civ. II, 28 janvier 1954, JCP. 1954, II, 7879, conclusions LEMOINE ; D. 1954.217, note G. LEVASSEUR.

1387 Sur les ambiguïtés de la motivation de cet arrêt : A. GHOZI, *La personnalité morale*, in *La personne en droit du travail*, éditions Panthéon-Assas 1999, p. 109.

1388 La première séance est l'occasion notamment d'adopter le règlement intérieur du comité. Voir P. DURAND, R. JUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz 1947, n° 408, note 1.

1389 Voir J. SAVATIER, *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, collection droit du travail, éditions Liaisons 1992, p. 77 sq.

1390 Pour un comité d'entreprise : L. 431-1 du Code du travail.

1391 Article L. 431-1 alinéa 3 du Code du travail.

1392 Article L. 135-1 et L. 132-10 du Code du travail.

comités sociaux qui constitue un regrettable tempérament dans le système formaliste du droit français¹³⁹³. Les solutions dégagées pour le comité d'entreprise sont valables pour les autres comités sociaux. Cela est évident pour le comité d'établissement qui bénéficie aujourd'hui d'une personnalité morale reconnue par la loi (article L. 435-1 du Code du travail). Mais la proposition vaut tout autant pour le comité d'hygiène et de sécurité et pour le comité de groupe dans la mesure où leur constitution est rendue nécessaire par la loi elle-même. L'opposabilité de ces institutions est équivalente car elle a la même source et présente les mêmes caractères.

454 La masse des créanciers. La masse ou la collectivité des créanciers est un groupement d'origine non volontaire. Son opposabilité ne peut donc résulter d'une convention publiée. Peut-elle résulter de la loi ou d'une action en justice ? La loi ne semble pas permettre l'opposabilité de chaque masse prise individuellement. Il semble que la constitution de la collectivité des créanciers et l'organisation dont elle fait l'objet résultent du jugement d'ouverture. Ce jugement est mentionné au registre du commerce et publié au BODACC et dans un journal d'annonces légales¹³⁹⁴. Il s'agit d'une forme de publicité par insertion. Elle ne vise certes pas le contenu de l'organisation elle-même mais cela n'a guère d'importance dans la mesure où les règles relatives à l'organisation de la collectivité des créanciers sont d'ordre public. Si l'effet du jugement n'est pas subordonné à sa publicité, son opposabilité aux tiers en dépend évidemment¹³⁹⁵. La reconnaissance de l'existence d'une publicité efficace de la création de la collectivité des créanciers permettrait

1393 La situation des comités d'entreprise européen est comparable. Ils apparaissent cependant à l'issue d'une procédure complexe qui assure une publicité très réduite à ces organisations que ce soit pour les comités créés par accord ou pour les comités légaux. La publicité résulte essentiellement de la loi (il était possible cependant de prévoir une publicité plus élaborée sans sortir du moule communautaire : voir *J.-Cl. Travail, Traité*, Fasc. 15-70, *Comité d'entreprise européen*, par B. TEYSSIÉ). La même observation peut s'appliquer à la masse des obligataires. L'article 232 du décret de 1967 reconnaît aux tiers le droit d'obtenir communication par la société émettrice du nombre d'obligations émises tandis que l'article 219 du même décret organise une publicité des noms des représentants de la masse des obligataires. Il semble cependant qu'il n'existe pas de réelle publicité constitutive en matière de masse des obligataires autre que celle qui résulte de la loi elle-même qui prévoit que les obligataires sont réunis de plein droit dans une masse qui dispose de la personnalité morale. Son efficacité au regard de l'opposabilité aux tiers reste imparfaite.

1394 Article 21 du décret du 27 décembre 1985.

1395 Article 14 du décret du 27 décembre 1985. Voir *Publicités légales et informations dans les affaires*, sous la direction d'A. SAYAG, Coll. le droit des affaires, études du CREDA, Litec 1992, n° 735.

d'affirmer avec moins de difficultés la renaissance de la personnalité morale de la masse.

455 **Le groupe et l'entreprise.** L'entreprise et le groupe de sociétés apparaissent à nouveau dans une situation particulière qui les distingue des organisations personnifiées. Ils ne sont soumis à aucune mesure de publicité et ne peuvent donc être rendus opposables à tous. Les actes qui pourraient organiser les relations entre les membres de l'entreprise (salariés, entrepreneurs, fournisseurs...) ¹³⁹⁶ ou entre membres du groupe ne sont pas plus opposables que tout contrat conclu entre particuliers. L'organisation elle-même n'est pas connue ni même connaissable par les tiers. Cette carence est un nouvel obstacle à la personnalité morale de ces institutions ¹³⁹⁷.

456 L'immanence de l'intérêt de la personne morale apparaît avec une certaine évidence. Elle occupe sans difficulté le terrain laissé vide après la critique de la transcendance. La nature originale de l'acte d'organisation a, en particulier, fourni des arguments en faveur de la thèse de l'immanence. Ainsi, l'intérêt exprimé à l'acte est-il toujours l'intérêt des membres et/ou des fondateurs et non un prétendu intérêt transcendant dont le contenu échapperait à toute recherche. Cette affirmation de l'immanence est vraie non seulement au plan substantiel, mais aussi au plan processuel.

1396 Si l'on admet qu'il existe réellement d'autres membres de l'entreprise que l'entrepreneur.

1397 La même objection peut être opposée à la personnalité morale de la section syndicale d'entreprise dénuée d'autonomie.

Section II Manifestations processuelles de l'immanence

457 **Identité de l'intérêt substantiel et de l'intérêt processuel**¹³⁹⁸. L'étude des actions en justice a déjà beaucoup apporté à la théorie de la personnalité morale. Elle suppose une identité entre l'intérêt à agir et l'intérêt substantiel. Une telle identité implique par ailleurs l'unité de la personnalité morale¹³⁹⁹. La confirmation de l'idée d'immanence apparaîtra d'abord à l'occasion d'un bref retour sur l'action en justice des personnes morales de droit privé (§1). L'analyse sera ensuite complétée par l'étude la tierce opposition (§2).

§ 1 L'action exercée par la personne morale

458 **La recevabilité de l'action**. On a déjà démontré que l'intérêt de la personne morale n'est pas réductible à une somme d'intérêts individuels¹⁴⁰⁰. Il est distinct de l'intérêt individuel de ses membres mais il est apparu également déterminé par rapport à la qualité de membre¹⁴⁰¹. On peut affirmer, maintenant que l'on a dégagé l'idée de sélection des intérêts¹⁴⁰², que l'intérêt de la personne morale n'est pas l'intérêt individuel de ses membres ou de ses fondateurs mais un intérêt spécifique parmi tous les intérêts individuels des membres ou fondateurs. Lorsque l'on écrit que l'intérêt de la personne morale est celui de ses membres ou fondateurs, on exprime en réalité deux idées complémentaires. D'une part, l'intérêt de la personne morale existe en tant que tel, de manière autonome : la personne morale a bien un intérêt propre. D'autre part, il est déterminé par référence à l'intérêt spécifique que le membre ou le fondateur entend poursuivre par l'intermédiaire de la personne morale. Cette formule est une manifestation de l'immanence dans le droit de la personnalité morale. Elle ne peut pas rester sans conséquences sur l'action en justice des personnes morales de droit privé. La mise en évidence de ces manifestations processuelles de l'immanence confirmera ce qui a déjà été affirmé dans le précédent chapitre.

459 L'immanence dont il est question ici concerne l'intérêt de la personne morale et l'intérêt des membres. Cette conception est différente de celle développée par Monsieur Boré dans sa thèse¹⁴⁰³. Cette dernière théorie est fondée sur l'objet : toute atteinte à l'objet de

1398 Voir J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, collection Domat Droit privé, Montchrestien 1991, n° 58, qui critique cependant la présentation classique.

1399 En sens contraire : E. SAVAUX, *La personnalité morale en procédure civile*, RTDCiv. 1995.1, n° 12.

1400 Voir ci-dessus, n° 277 sqq.

1401 Voir ci-dessus, n° 312 notamment.

1402 Voir ci-dessus, n° 466 sqq.

1403 L. BORÉ, thèse précitée, notamment n° 121.

l'association justifierait la recevabilité de l'action en justice¹⁴⁰⁴. Elle est très libérale et conduit à remettre en cause la politique juridique qui domine le droit français subordonnant la recevabilité des actions introduites dans un intérêt autre que celui des membres à une habilitation législative ou réglementaire. Il semble difficile de construire une théorie de l'immanence de l'intérêt de la personne morale fondée sur la seule notion d'objet¹⁴⁰⁵. En effet, l'intérêt est un lien entre les éléments objectifs et les éléments subjectifs d'un acte juridique ou d'une personne morale¹⁴⁰⁶. Cela signifie que la seule atteinte à l'objet ne peut générer un intérêt à agir pour la personne morale.

460 Les dangers de l'action des personnes morales. L'intérêt défendu par une personne morale n'est pas nécessairement patrimonial. L'intérêt à agir des associations et syndicats notamment s'étend « bien au-delà de la défense d'un patrimoine, ordinairement très faible par rapport au nombre de ses membres »¹⁴⁰⁷. Le risque d'action populaire, qui permettrait à tout citoyen de provoquer les poursuites, est sans doute négligeable. Il n'est pas souhaitable cependant de laisser accéder au prétoire des organisations aux revendications plus politiques que juridiques¹⁴⁰⁸. Plus qu'une application du droit, elles recherchent sa modification¹⁴⁰⁹. Si les dangers sont réels cela ne signifie pas qu'il faille refuser toute action aux personnes morales de droit privé mais seulement qu'il faut trouver la juste mesure¹⁴¹⁰. Cette mesure ne peut être déterminée que si l'on connaît le fondement de l'action collective.

461 Fondement de l'action collective. L'idée d'apport¹⁴¹¹ comme celle de mandat ne sont pas des fondements totalement satisfaisants. Si le sociétaire a fait apport de son intérêt à agir comment peut-il être recevable à agir après pour un préjudice

1404 Proposée par L. BORÉ, *Ibid.*

1405 Voir ci-dessus, n° 184 sqq., sur la distinction de l'intérêt et de l'objet et ci-dessus, n° 414, pour la critique de cette conception en matière d'action d'intérêt général.

1406 Voir ci-dessus, n° 204.

1407 J. ESCARRA, *Etudes sur la recevabilité des recours exercés par les syndicats et les groupements analogues*, Rousseau 1907, p. 78-79.

1408 Voir S. GUINCHARD, *Les moralistes au prétoire*, in Jean Foyer, auteur et législateur. *Leges tulit, jura docuit. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF. 1997, p. 477.

1409 En ce sens : Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 518 sqq.

1410 Voir également : H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey 1961, n° 245.

1411 Soutenue par H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 4^{ème} éd., Sirey 1949, spéc. n° 1879 à propos des syndicats.

analogue¹⁴¹² ? Quant au mandat il impliquerait le respect des règles propres à la représentation en justice et notamment la notification à tous les mandataires. Deux voies peuvent être empruntées pour tenter d'apporter un fondement à l'action de la personne morale. Soit il ne s'agit ni d'un apport ni d'un mandat, soit il s'agit d'un apport et d'un mandat. La première hypothèse conduit à considérer que le préjudice de la personne morale est un préjudice par ricochet¹⁴¹³. La seconde impose d'imaginer une nouvelle formule pour rendre compte du droit positif : la cession dans l'intérêt du cédant. La théorie du préjudice par ricochet semble cependant se heurter à une objection. Dans ce cas le dommage subi par la victime par ricochet est autonome par rapport à celui de la victime directe. L'un peut être réparé alors que l'autre l'a déjà été. Au contraire, les actions des associations sont déclarées recevables car elles permettent à leurs membres de faire collectivement ce qu'ils pouvaient faire individuellement¹⁴¹⁴. Il existe donc un lien entre l'action d'une association et celle de ses membres. Autrement dit, si tous les préjudices subis par les victimes immédiates sont réparés, il ne saurait y avoir d'action collective. Cette solution est incompatible avec l'idée d'un préjudice par ricochet. Seule semble être apte à justifier la recevabilité des actions la notion de cession dans l'intérêt du cédant¹⁴¹⁵.

462 Une cession dans l'intérêt du cédant. Combinaison de la cession et de la représentation, la notion de cession dans l'intérêt du cédant est une formule doctrinale pour désigner une figure du droit positif. On en trouve un exemple dans les sociétés de gestion collective des droits d'auteurs¹⁴¹⁶. Il s'agit en définitive d'une application française de la fiducie¹⁴¹⁷. Cette idée fait obstacle à la recevabilité des actions lorsqu'aucun membre n'aurait pu agir. Cette proposition complète celle de Monsieur Gastaud de voir dans la personnalité morale un ordre collectif (achevé dans le cas de la société ou embryonnaire dans celui de l'association) dont la création entraîne un

1412 Voir les critiques de : J. AUDINET, *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, RTDCiv. 1955.213, spéc. n° 12 ; J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 200.

1413 G. SOUSI, *Les associations*, Dalloz 1985, n° 513 : « l'intérêt de l'association de défense n'est pas très éloigné de l'intérêt de ses membres et l'association subit un préjudice par ricochet ».

1414 Civ., 23 juillet 1918, DP. 1918.1.52 ; S. 1921.1.289, note E. CHAVEGRAIN.

1415 On aurait pu penser aussi à l'action *ut singuli* mais la véritable action *ut singuli* ne peut être dirigée contre des tiers : voir ci-dessous, n° 971 sqq. n° 1003.

1416 Voir Soc., 20 février 1949, D. 1951.73, note H. DESBOIS ; JCP. 1950, I, 5419, note R. CAVARROC ; Civ. I, 24 février 1998, RIDA 1998, n° 177, p. 213, note A. KÉRÉVER ; D. 1998.471, note A. FRANÇON.

1417 En ce sens : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} éd., collection Droit fondamental, PUF 1999, n°405.

transfert de droits par chaque membre à condition que tous les autres membres y aient aussi intérêt¹⁴¹⁸. On peut nuancer le propos malgré tout sur deux points. D'une part, la différence entre l'association et la société ne semble pas justifiable. Au regard de la théorie de la personnalité morale il apparaîtra même que le concept de personnalité morale est constant dans ses applications et non variable¹⁴¹⁹. D'autre part, il est déjà apparu qu'il n'était pas nécessaire que tous les membres aient subi un préjudice pour que l'action collective soit recevable. Il suffit qu'ils aient tous été susceptibles de subir un préjudice en leur qualité de membre, même si cela n'a pas été le cas effectivement. L'intérêt de la personne morale apparaît donc comme déterminé par référence à celui de ses membres¹⁴²⁰.

463 La représentation du personnel par le comité d'entreprise. L'idée de cession dans l'intérêt du cédant semble cependant ne jouer que lorsque la personne morale a une origine volontaire. En dehors de ce cas, on se trouve alors dans une hypothèse de représentation objective et non plus fiduciaire. On comprend alors que le régime soit un peu différent mais on ne saisit pas pourquoi la recevabilité de l'action serait compromise. Il faudrait expliquer notamment pourquoi la jurisprudence judiciaire déclare irrecevable l'action des comités d'entreprise en faveur des salariés¹⁴²¹. La mission du comité semble limitée à la défense de ses prérogatives. C'est oublier la finalité de celles-ci. Si le comité a reçu des attributions économiques et sociales c'est uniquement au profit des salariés de l'entreprise. Le comité ne défend pas plus sa simple survie car celle-ci ne peut être un but en soi¹⁴²². Il faut donc reconsidérer la solution de principe et son fondement.

1418 J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 200.

1419 En sens contraire : J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 89 sqq.

1420 Ou de ses fondateurs en l'absence de membre.

1421 Sur cette hostilité : F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, préf. de P. RODIÈRE, Bibl. dr. priv. n° 291, LGDJ 2000, n° 277 sqq. Voir en jurisprudence : Soc., 6 janvier 1980, BC., V, n° 107 (le comité s'opposait à la liquidation des biens de la société) ; Soc., 23 octobre 1985, BC., V, n° 486 ; D. Soc. 1987.101, et le commentaire J. SAVATIER, *A propos de l'action en justice des comités d'entreprise* ; Soc., 18 mars 1997, D. Soc. 1997.544, obs. G. COUTURIER, et obs. J. SAVATIER ; RJS. 10/97, n° 1106 (demande portant sur la force exécutoire d'une décision unilatérale de l'employeur). La fréquence des arrêts de cassation permet de penser que les juges du fond sont plutôt favorables à ce type d'actions ; voir notamment ; TGI. Lyon (réf.), 26 février 1985, DO. 1986.106, qui relève l'influence de la loi du 28 octobre 1982. A nouveau les juridictions administratives sont plus libérales : CE. Ass., 22 décembre 1982, JCP. 1983, II, 20071, note P. LOMBART ; CE., 5 décembre 1984, GP. 1985.2, Pan. 268.

1422 En ce sens : F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privé. Essai de théorie juridique*, thèse dactyl., Paris I 1986, n° 733.

464 Monsieur Petit a proposé de fonder l'action du comité sur la définition légale de son objet qui est l'expression de l'intérêt des salariés¹⁴²³. Cette proposition se situe dans le prolongement de celle avancée par Monsieur Louis Boré en matière d'association¹⁴²⁴. Elle exerce évidemment la même séduction, mais suscite les mêmes réserves. L'objet seul semble en effet impuissant à fonder l'intérêt à agir d'une personne morale car l'intérêt n'est pas seulement lié à l'activité de l'organisation mais aussi à sa finalité¹⁴²⁵. Sauf habilitation légale expresse la seule définition de l'objet ne peut fonder la recevabilité d'une action en justice. On pourrait certes soutenir que la définition légale de l'objet vaut habilitation mais une telle habilitation implicite ne peut suffire à revêtir le comité d'une mission de défense des intérêts du personnel. En réalité, si l'action du comité d'entreprise est recevable c'est tout simplement parce qu'il a en charge les intérêts des salariés en tant que tels. Son intérêt est l'intérêt type des salariés. Son action est fondée sur un intérêt personnel déterminé au regard de l'intérêt type du personnel de l'entreprise. Il faut reconsidérer la solution à la lumière de la réforme opérée par la loi du 28 octobre 1982. Aujourd'hui, le comité d'entreprise « a pour objet d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise... »¹⁴²⁶. Il s'agit d'une institution représentative du personnel. Même s'il s'agit d'une représentation des intérêts plus que des personnes¹⁴²⁷, ou d'une représentation objective et non fiduciaire¹⁴²⁸, il s'agit toujours de représentation. Sur le terrain de l'action en justice, la solution des juridictions judiciaires ne se justifie guère. La présence de scories de l'idéologie de la coopération ne doit pas faire obstacle à la recevabilité des actions du comité¹⁴²⁹. Une évolution semble possible qui passe d'abord par une interprétation extensive des prérogatives du

1423 F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, préf. de P. RODIÈRE, Bibl. dr. priv. n° 291, LGDJ 2000, n° 283.

1424 L. BORÉ, thèse précitée, notamment n° 121.

1425 Voir ci-dessus, n° 204.

1426 Article L. 431-4 du Code du travail.

1427 En ce sens : A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise institution de représentation du personnel*, DO. 1986.355 ; G. BORENFREUND, *La représentation du personnel*, D. Soc. 1991.685.

1428 Sur la distinction entre représentation fiduciaire et représentation objective voir : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, thèse précitée, n° 218 sqq.

1429 Sur ces scories : F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privé. Essai de théorie juridique*, thèse dactyl., Paris I 1986, n° 733. Monsieur Gaudu propose avec justesse d'admettre la recevabilité de l'action du comité. Sur cette jurisprudence : voir ci-dessus, n° 219.

comité¹⁴³⁰. La reconnaissance d'un intérêt à agir du comité semble être l'étape suivante. Ainsi s'achèvera l'évolution du rôle des comités. On peut relever enfin que la recevabilité de l'action en contestation de la cession d'une filiale formée par un comité de groupe a été reconnue dès 1990¹⁴³¹. C'est par une conception large des prérogatives du comité de groupe que cette solution a pu être adoptée. Le raisonnement est donc le même qu'en matière de comité d'entreprise. La proposition formulée pour ces derniers vaut également pour les comités de groupe, ainsi que pour les CHSCT : ils doivent pouvoir agir en faveur des salariés du groupe. Mais il est vrai que le défenseur naturel des salariés se trouvera davantage dans l'entreprise que dans le groupe : ce sera en principe le comité d'entreprise.

465 Quel que soit le fondement de l'action de la personne morale, cession dans l'intérêt du cédant ou représentation objective, l'intérêt des membres, en tant que membres, fournit la mesure de cette action. Il n'est donc pas à craindre, dans ce cadre, que les personnes morales étendent leur action à l'infini : la théorie de l'immanence de l'intérêt donne donc un fondement à l'action de la personne morale tout en lui fixant des limites. Des manifestations de l'immanence sont observables dans des mécanismes correcteurs de la procédure civile et notamment dans la tierce opposition¹⁴³².

§ 2 La tierce opposition

466 La tierce opposition est une voie de recours extraordinaire ouverte à la personne qui a un intérêt, même moral, et n'a pas été partie ou représentée à l'instance¹⁴³³. La définition de la notion de représentation a été précisée par la jurisprudence qui a recouru à la notion de communauté d'intérêts. Elle a parfois été critiquée avec vigueur¹⁴³⁴.

467 La notion de représentation dans la tierce opposition. L'idée de représentation de la personne morale par ses organes ne

1430 Voir notamment Soc., 17 mai 1995, DO. 1995.286, conclusions P. LYON-CAEN, note P. RENNES ; D. 1995.436, note G. COUTURIER.

1431 Soc., 23 janvier 1990, RS. 1990.445, note R. VATINET ; JCP. 1990, II, 21529, note NÉVOT ; J. SAVATIER, *L'action en justice d'un comité de groupe en contestation de la cession d'une filiale*, D. Soc. 1990.322.

1432 Sur l'action *ut singuli* : voir ci-dessous, n° 971 sqq.

1433 Article 583 NCPC. Voir également : A. TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Rousseau 1890, n° 87 sqq. et spéc. n° 112 sqq. ; H. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, préf. B. STARCK, Bibl. dr. priv. n° 13, LGDJ 1958, n° 67 sqq.

1434 Voir notamment D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, *Les surprises de la tierce opposition*, in *La terre, la famille, le juge. Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Coll. Etudes et recherches, Série Faculté de droit et de science politique de Rennes, Economica 1990, p. 409 ; des mêmes auteurs, *La représentation mutuelle des coobligés*, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 547.

pose aucun problème¹⁴³⁵. Ainsi est-il admis que le nouveau représentant de la personne morale ne peut faire tierce opposition à une décision rendue contre la société représentée par son ancien organe. Pour les esprits critiques, « le paradoxe commence lorsque les tribunaux décident, en renversant la situation, que c'est la personne morale qui représente ses organes et même ses membres »¹⁴³⁶. On risque alors d'écarter la tierce opposition exercée par des personnes qui ne sont pas des tiers alors qu'elles n'ont pas plus le droit de faire appel, car elles ne sont pas non plus parties¹⁴³⁷.

468 Comment peut-on justifier cette solution ? L'idée de communauté d'intérêts a été avancée à cette fin¹⁴³⁸. Elle permettrait d'admettre la représentation des membres par la personne morale. La Cour de cassation a cependant semblé revenir sur cette idée lorsqu'elle a cassé un arrêt pour manque de base légale au regard de l'article 583 du NCPC au motif que la communauté d'intérêts ne saurait suffire à caractériser la représentation¹⁴³⁹. On peut penser effectivement qu'une simple communauté d'intérêts ne suffit pas. Seule une véritable identité d'intérêt est de nature à caractériser la représentation. Il s'agit en effet d'une représentation d'une nature spéciale que Monsieur Philippe Didier a mis en évidence dans sa thèse¹⁴⁴⁰. La Cour de cassation n'a pas abandonné le critère de la communauté d'intérêts mais a adopté une position plus stricte que par le passé. Le 22 octobre 1998 elle a cassé un arrêt qui avait rejeté une tierce opposition au motif qu'il existait une communauté d'intérêts entre un avocat et son client mécontent alors que « la communauté d'intérêts ne saurait suffire à caractériser la représentation exclusive de la qualité de tiers »¹⁴⁴¹. Mais le 8 décembre suivant elle a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait écarté la tierce opposition en raison de la communauté d'intérêts qui existait entre une commune et une société d'économie mixte liées par une convention d'affermage¹⁴⁴². La Cour d'appel avait pu statuer en ce sens « eu égard à la communauté d'intérêts entre la commune et la régie ainsi qu'à la dépendance étroite de la régie ». La communauté d'intérêts doit être

1435 Soc., 5 avril 1965, BC., IV, n° 303.

1436 D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, *Les surprises de la tierce opposition*, article précité, n° 20.

1437 En ce sens : D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, article précité, p. 409, n° 2.

1438 J. DUCLOS, thèse précitée, n° 98.

1439 Civ. II, 5 mai 1993, JCP. 1993, II, 22171, note E. DU RUSQUEC ; Justices 1995-1.248, obs. G. WIDERKEHR.

1440 Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 218, sur la distinction entre représentation fiduciaire et représentation objective.

1441 Civ. II, 22 octobre 1998, RTDCiv. 1999.205, n° 11, obs. R. PERROT.

1442 Civ. II, 8 décembre 1998, RTDCiv. 1999.205, n° 11, obs. R. PERROT.

suffisamment étroite pour que le sort de la partie à l'instance et celui du tiers opposant soit lié. Elle doit créer un véritable lien de dépendance.

469 On a tenté de soutenir que la notion de représentation invoquée en matière de tierce opposition était une notion originale différente de celle employée en droit civil. Pour Monsieur Roland, auteur d'une étude de référence sur la tierce opposition, le recours à la représentation est erroné et abusif¹⁴⁴³. Il fonde son jugement sur une définition stricte de la représentation¹⁴⁴⁴. Selon Monsieur Louis Boré, il ne s'agit pas d'une représentation au sens juridique du terme¹⁴⁴⁵. Pour d'autres auteurs, il s'agit d'une fausse représentation¹⁴⁴⁶. Lorsqu'un auteur en retient le caractère juridique, il ajoute immédiatement qu'il ne s'agit pas de la représentation au sens du droit civil¹⁴⁴⁷. C'est également la position de Monsieur Duclos¹⁴⁴⁸. Selon cet auteur, « la notion de représentation est un instrument technique destiné à limiter l'exercice de la tierce opposition pour des raisons d'opportunité »¹⁴⁴⁹. Cette solution « équivaut à moduler l'intensité de l'opposabilité du jugement aux tiers, d'après la nature des rapports de droit substantiel »¹⁴⁵⁰. Cette opinion contestable résulte d'une conception étroite de la représentation remise en cause récemment par Monsieur Philippe Didier. La notion de représentation est moins étroite qu'on ne le dit¹⁴⁵¹.

470 Il ne faut pas dissimuler qu'une grande part de pragmatisme guide le choix des solutions en la matière¹⁴⁵². Ce pragmatisme est cependant la manifestation d'une idée générale. L'irrecevabilité de la tierce opposition dans les groupements personnifiés est une constante de leur régime processuel. Il démontre à nouveau que l'intérêt du membre, bien que réel¹⁴⁵³, a déjà été défendu par la personne morale à

1443 H. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, préf. B. STARCK, Bibl. dr. priv. n° 13, LGDJ 1958, n° 86 sqq.

1444 H. ROLAND, thèse précitée, n° 87.

1445 L. BORÉ, thèse précitée, n° 30 sqq. notamment n° 34.

1446 En ce sens : D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, article précitée, n° 14 sqq.

1447 En ce sens : S. GUINCHARD, J. VINCENT, *Procédure civile*, 25^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 1487.

1448 J. DUCLOS, thèse précitée, n° 94 sqq. spéc. n°98.

1449 J. DUCLOS, thèse précitée, n° 98.

1450 J. DUCLOS, *ibid.*

1451 Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 218 sqq., spéc. n° 344 sqq. sur la représentation objective.

1452 En ce sens : R. MARTIN, *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 738, *Tierce opposition*, n° 55.

1453 Les décisions étudiées impliquent nécessairement que le tiers opposant a un intérêt à agir car dans le cas contraire il aurait suffi de constater la défaut d'intérêt pour déclarer l'action irrecevable.

laquelle il appartient. Lorsqu'elle défend son intérêt, elle défend nécessairement l'intérêt de ses membres en tant que membres. C'est dire ainsi que l'intérêt de la personne morale n'est pas transcendant à celui des individus mais qu'il leur est immanent.

471 L'irrecevabilité de la tierce opposition en droit des sociétés. L'irrecevabilité de la tierce opposition en droit des sociétés est acquise depuis le début du XIX^e siècle¹⁴⁵⁴. Elle se manifeste dans tous les types de sociétés¹⁴⁵⁵. Les associés sont représentés à l'instance en annulation de décisions de l'assemblée générale et de décision du conseil d'administration¹⁴⁵⁶. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait déclaré irrecevable la tierce opposition d'une société à un arrêt rendu à l'égard d'un de ses associés¹⁴⁵⁷. Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel a légitimement déduit des faits que la société était la chose de son associé qui tentait d'obtenir sous son couvert ce que l'arrêt frappé de tierce opposition lui avait refusé. Cette décision permet de saisir tout l'intérêt de la jurisprudence qui refuse la tierce opposition à l'associé. Elle a empêché une fraude qui aurait permis à l'associé d'obtenir par l'intermédiaire de la société ce que la justice lui avait refusé à titre individuel¹⁴⁵⁸. L'irrecevabilité de la tierce opposition garantit l'identité de traitement des membres du groupement. Elle permet d'éviter les difficultés d'application qui ne manqueraient pas de surgir en raison des variations de l'opposabilité d'un membre à l'autre : si une décision de justice génère des dépenses pour une personne morale à responsabilité illimitée, ouvrirait-elle un recours contre les tiers-opposants ? Comment la contribution de chacun serait elle calculée ?

472 L'irrecevabilité de la tierce opposition prive cependant les membres du groupement d'une garantie importante notamment lorsque les dirigeants sont défaillants. Autrement dit si la tierce opposition peut limiter les risques d'agence liés à la déloyauté du représentant, elle ne garantit en aucune façon sa diligence¹⁴⁵⁹. La Cour

1454 Répertoire Dalloz, V° *Tierce opposition*, n° 70, V° *Société*, n° 476. Pour un exemple récent : Civ. III, 29 mars 2000, Dr. Soc. 2000, Comm. 98, note Th. BONNEAU.

1455 Com., 15 juillet 1975, BC., IV, n° 207 (société civile) ; Com., 5 avril 1965, BC., IV, n° 260 (SARL) ; Civ. III, 15 janvier 1975, BC., III, n° 18 (SA).

1456 Rennes, 10 juillet 1968, RTDCom. 1968.1086, obs. R. HOUIN.

1457 Com., 8 juillet 1952, D. 1952.773, note J. COPPER-ROYER.

1458 Voir D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, *Les surprises de la tierce opposition*, in *La terre, la famille, le juge. Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, collection Etudes et recherche, Série Faculté de droit et de science politique de Rennes, Economica 1990, p. 409, n° 20.

1459 Sur ce point : Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 373 sqq. qui souhaite une extension de la représentation objective au-delà de la seule communauté d'intérêt. Monsieur

de cassation a eu l'occasion d'affirmer que le gérant d'une société même s'il fait défaut au cours de la procédure dirigée contre la société représente régulièrement les associés¹⁴⁶⁰. La solution est cependant moins rigoureuse qu'il n'y paraît dans la mesure où l'exception de fraude permet de rendre la tierce opposition recevable¹⁴⁶¹. De même l'opposabilité est écartée en cas de conflit d'intérêts. Ces correctifs paraissent insuffisants à certains auteurs qui remarquent qu'« entre la fraude et la négligence, ou la maladresse, qui font perdre un procès... il y a une grande distance »¹⁴⁶². Dans l'hypothèse d'une défaillance ou d'une faute du représentant de la personne morale la solution se trouve ailleurs. Il reviendra alors aux associés d'agir en responsabilité contre le dirigeant fautif. Ils exerceront alors individuellement l'action sociale. C'est la raison d'être de l'action *ut singuli* : elle permet à un associé d'agir contre un dirigeant fautif s'il n'y a aucun autre représentant pour agir.

473 Dans la copropriété des immeubles bâtis. Le syndic représente le syndicat c'est-à-dire la collectivité des copropriétaires mais il ne représente pas les copropriétaires individuellement¹⁴⁶³ : il ne les représente qu'en leur qualité de membres du syndicat. Par conséquent une décision de justice leur est opposable lorsque l'action concerne le syndicat et non lorsqu'elle met en cause leurs droits privatifs¹⁴⁶⁴. Il faut réserver l'exception de fraude¹⁴⁶⁵. La Cour de cassation a clairement exclu la tierce opposition des copropriétaires.

474 Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 juin 1989¹⁴⁶⁶ a cassé pour violation de la loi¹⁴⁶⁷ un arrêt qui avait invité les copropriétaires à faire tierce opposition à

Didier pense que la notion de communauté d'intérêt est insuffisante à assurer une protection efficace du représenté.

1460 Com., 15 juillet 1975, BC., IV, n° 207, La Cour d'appel n'avait pas à rechercher l'existence d'une éventuelle collusion frauduleuse entre le gérant et le syndic de la faillite dès lors que le demandeur n'avait pas fait allusion à cette fraude dans ses conclusions.

1461 Civ. II, 17 novembre 1971, BC., II, n° 316. Il y avait eu collusion frauduleuse entre le gérant et l'adversaire de la société (l'entreprise de sa mère dont il était l'animateur).

1462 D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE *Les surprises de la tierce opposition*, p. 409, n° 29.

1463 En ce sens : R. MARTIN, *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 738, *Tierce opposition*, n° 103 ; F. GIVORD, Cl. GIVERDON, *La copropriété*, 4^{ème} éd. avec la collaboration de P. CAPOULADE, Dalloz 1992, n° 759.

1464 En ce sens : R. MARTIN, *ibid.*

1465 En ce sens : R. MARTIN, article précité, n° 108.

1466 Civ. III, 28 juin 1989, LC. 1989, Com. 499 ; Administrer 03/1990, p. 41, note E. J. GUILLOT.

1467 La cassation a été prononcée au visa de l'article 509 NCPC et 14 et 15 de la loi de 1965.

un jugement rendu contre leur syndicat, alors que la décision était opposable aux copropriétaires institués en un syndicat ayant la personnalité civile et la qualité pour agir en justice. La troisième chambre civile a en revanche rejeté le 17 juillet 1985, un pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait déclaré recevable la tierce opposition formée par des copropriétaires à une décision judiciaire à laquelle ils n'étaient pas personnellement partie alors qu'ils n'ont pu être représentés par le syndicat pour la défense de leurs droits sur leurs parties privatives¹⁴⁶⁸. Il s'agit d'une limite naturelle de la représentation. Le copropriétaire conserve la faculté d'invoquer outre la fraude à ses droits, l'opposition d'intérêts et l'existence de moyens propres. Cela confirme l'idée selon laquelle la personne morale n'a en charge qu'un intérêt déterminé et non tous les intérêts individuels de ses membres. Les copropriétaires ne sont représentés par le syndicat que dans la mesure où le syndicat défend l'intérêt de la collectivité des copropriétaires et non les droits de certains d'entre eux sur des parties privatives. Le syndicat n'a pas en principe pour mission la défense des parties privatives. La Cour de cassation a affirmé récemment que le copropriétaire n'est pas représenté par le syndicat des copropriétaires¹⁴⁶⁹. L'affirmation ne doit pas être isolée de son contexte. Les copropriétaires demandeurs étant en situation de conflit d'intérêts avec le syndicat de copropriété. Il était donc impossible de considérer que le syndicat représentait les copropriétaires tiers opposants.

475 **Dans la famille.** Avant la réforme de 1985, le mari représentait son épouse dans la gestion de la communauté, ce qui fermait à celle-ci la voie de la tierce opposition¹⁴⁷⁰. Au contraire, lorsque l'action mettait en cause un droit propre de l'épouse elle retrouvait le bénéfice de la tierce opposition¹⁴⁷¹. Aujourd'hui la solution doit être bilatéralisée. Chacun des époux a le pouvoir d'administrer la communauté¹⁴⁷². Chaque époux représente son conjoint dans la gestion de la communauté et la voie de la tierce opposition est fermée à chacun, sauf lorsqu'il invoque un droit propre ou une fraude¹⁴⁷³. La

1468 Civ. III, 17 juillet 1985, RDI. 1986.248, obs. F. GIVORD, Cl. GIVERDON ; Administrer 1985/12, p. 40, note E. J. GUILLOT ; Def. 1986, article 33694, n° 21, obs. H. SOULEAU.

1469 Civ. III, 2 février 1994, BC., III, n° 18.

1470 Civ. I, 24 juin 1986, BC., I, n° 180.

1471 Civ. III, 23 janvier 1985, BC., I, n° 16. La décision s'explique également par l'idée de moyen propre.

1472 Article 1421 du Code civil. Ce texte fondait la cassation prononcée par l'arrêt de la première chambre civile du 24 juin 1986, précité.

1473 La fraude est envisagée par l'article 1421 du Code civil. Voir Civ. II, 21 septembre 2000, BC., II, n° 132 ; D. 2001, Somm. 2394, obs. M. NICOD, a admis la

situation est donc identique à celle rencontrée en matière de société ou de copropriété.

476 Dans les associations. Enfin il est naturel d'étendre la solution dégagée pour les autres personnes morales à l'association¹⁴⁷⁴. Un arrêt a ainsi affirmé l'irrecevabilité de la tierce opposition de l'UNEDIC contre une décision qui avait condamné une ASSEDIC au motif que l'UNEDIC a pour mission de surveiller et de coordonner les activités des ASSEDIC et qu'une grande partie des fonds des ASSEDIC sont remis à l'UNEDIC¹⁴⁷⁵. Ces éléments faisaient ressortir l'étroite dépendance de la gestion et des intérêts des organismes. Cela démontre également, de manière plus générale, que l'association n'est pas totalement détachée des personnes¹⁴⁷⁶ qui la composent. L'intérêt de la personne morale n'est pas, ici non plus, transcendant aux intérêts des membres, il est seulement plus spécifique. Si l'association était transcendante par rapport à ses membres elle ne pourrait les représenter et la tierce opposition devrait être recevable. L'irrecevabilité de cette voie de recours implique donc nettement que les sociétaires sont les véritables intéressés dans l'association.

477 Dans la collectivité des créanciers. La question de la tierce opposition devrait à peine être formulée en matière de procédures collectives. En effet la représentation des créanciers est légalement et expressément organisée par l'article L. 621-39 du Code de commerce. Cependant une précision mérite d'être apportée sur ce point. La tierce opposition a reçu un régime particulier et dérogatoire lorsqu'elle vise une décision prise dans le cadre d'une procédure collective¹⁴⁷⁷. Cette forme de tierce opposition n'est cependant moins intéressante que celle que les créanciers seraient tentés d'introduire contre les décisions rendues à la demande ou à l'encontre de leur représentant. Cette tierce opposition-là est certainement irrecevable dans la mesure où les créanciers sont nécessairement représentés dans ces instances. Il peut arriver cependant que les deux situations se recouvrent. Dans ce cas là, cependant, il faut sans doute reconnaître

recevabilité de la tierce opposition d'un époux à l'encontre de l'ordonnance qui avait ordonné l'expulsion de son conjoint. Il ne s'agit cependant pas d'un revirement dans la mesure où cette solution permet seulement de faire respecter le principe selon lequel l'expulsion doit être dirigée contre les deux époux communs en biens : le non respect de cette règle doit pouvoir être soulevé par un moyen propre.

1474 Voir D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, *Les surprises de la tierce opposition*, article précité, n° 22.

1475 Civ. I, 21 janvier 1976, BC., I, n° 31 ; RTDCiv. 1977.376, obs. R. PERROT.

1476 Personnes physiques ou morales comme l'indique l'arrêt de la première Chambre civile du 21 janvier 1986, précité.

1477 Sur le régime particulier de la tierce opposition : O. STAES, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse dactyl., Toulouse I 1995, n° 397 sqq.

que les dispositions spéciales du droit des procédures collectives l'emportent sur les dispositions générales de la procédure civile. La prééminence du traitement de l'entreprise impose cette solution qui peut conduire à une exceptionnelle recevabilité de la tierce opposition¹⁴⁷⁸. La solution ne serait cependant guère plus étonnante que celle qui conduit parfois à admettre que des tiers puissent interjeter appel d'une décision¹⁴⁷⁹. Les voies de recours sont instrumentalisées dans le droit des procédures collectives.

478 Les exceptions : fraude, opposition d'intérêts et moyen propre. Trois exceptions ont par ailleurs été dégagées par la jurisprudence. Il s'agit de la fraude¹⁴⁸⁰ de l'opposition d'intérêts¹⁴⁸¹ et de l'existence d'un moyen personnel¹⁴⁸². L'article 583 NCPC a repris cette idée dans son deuxième alinéa qui dispose que « les créanciers et autres ayant cause d'une partie peuvent toutefois former tierce opposition au jugement rendu en fraude à leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qui leur sont propres ». Dans le premier cas, « la communauté d'intérêts est trahie »¹⁴⁸³. Dans le second, « la partie n'avait pas des pouvoirs de représentation suffisants »¹⁴⁸⁴. On peut remarquer que le NCPC n'a pas repris l'exception du conflit d'intérêts¹⁴⁸⁵ dont on peut cependant considérer le maintien comme évident dans la mesure où le fondement de l'irrecevabilité reste l'idée de communauté d'intérêts. L'opposition d'intérêts interdit toute représentation des membres par la personne morale. La notion de moyen propre a été discutée¹⁴⁸⁶. On peut être tenté de définir le moyen propre comme un moyen nouveau que le représentant de la personne morale n'a pas invoqué. Cette interprétation a la faveur de Monsieur Veaux et de Madame Veaux-Fournerie¹⁴⁸⁷. Ces auteurs reconnaissent cependant que ce n'est pas la position de la jurisprudence. Les arrêts retiennent rarement l'existence d'un moyen propre. Il s'agit le plus souvent en pratique d'un moyen personnel à l'individu représenté. Des

1478 Sur ce point : O. STAES, thèse précitée, n° 400 sqq.

1479 Voir O. STAES, thèse précitée, n° 400.

1480 Civ., 28 décembre 1881, S. 1883.1.465.

1481 Com., 16 janvier 1956, BC., III, n° 240.

1482 Civ., 15 janvier 1873, DP. 1873.1.249.

1483 G. WIDERKEHR obs. sous Civ. II, 5 mai 1993, *Justices* 1995-1.248.

1484 Ibid.

1485 Voir D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, *Les surprises de la tierce opposition*, article précité, n° 30. Elle se retrouve cependant en jurisprudence depuis la réforme de la procédure : Civ. III, 2 février 1994, BC., III, n° 18.

1486 Voir D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, article précité, n° 31 sqq.

1487 D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, article précité, n° 31.

arrêts anciens utilisaient d'ailleurs l'expression de moyens personnels¹⁴⁸⁸.

479 En matière de personne morale, le membre devrait pouvoir établir l'existence d'un moyen personnel, c'est-à-dire en définitive qu'il agit en une autre qualité que celle de membre : la tierce opposition est ouverte à ceux qui ont figuré dans une instance mais ont intérêt à agir en une autre qualité¹⁴⁸⁹. Cela renforce l'idée selon laquelle la personne morale ne défend qu'un intérêt déterminé parmi les intérêts individuels des membres. De la même façon ils doivent être admis à faire valoir la fraude et l'opposition d'intérêts pour échapper à l'opposabilité de la décision prononcée. L'opposition d'intérêts notamment conduit à une précision en forme de rappel. Il est acquis que l'intérêt de la personne morale est irréductible à l'intérêt individuel des membres. L'irrecevabilité de la tierce opposition confirme également l'idée que l'intérêt de la personne morale est déterminé au regard de l'intérêts des membres¹⁴⁹⁰ en tant que membres. Il est donc normal qu'en cas d'opposition d'intérêt la représentation objective cesse pour permettre au tiers opposant de faire valoir une autre qualité que celle de membre. L'étude de la tierce opposition dans le droit des personnes morales a fait apparaître également un autre enseignement que la seconde partie de la thèse conduira à développer. Il s'agit de l'idée selon laquelle le membre d'une personne morale n'est pas un tiers¹⁴⁹¹. Cette constatation est méconnue par les théories de la transcendance qui conduisent à une séparation stricte de la personne morale et de ses éléments constitutifs et notamment de ses membres¹⁴⁹².

480 **Conclusion du chapitre II.** L'intérêt de la personne morale est une émanation de l'intérêt des personnes qui l'ont créée et/ou qui la font fonctionner. L'immanence est un mot savant pour désigner ce que chacun peut en définitive saisir par quelques réflexions objectives. Elle fournit une formule pour exprimer que l'intérêt de la personne morale n'est pas totalement étranger aux intérêts des fondateurs et/ou des membres mais lié à eux. Il en est étroitement dépendant même s'il en est distinct. Il est issu d'un processus de sélection. Parmi les divers

1488 Civ., 15 janvier 1873, DP. 1873.1.249, en matière de cautionnement, qui autorise le rapprochement avec la notion d'exception personnelle.

1489 Soc., 29 juin 1951, BC., III, n° 540.

1490 Lorsqu'il en existe. La même solution devrait par ailleurs être adoptée en matière de personne morale fondative même s'il est évident que les occasions de l'affirmer devraient être exceptionnelles.

1491 En ce sens : E. SAVAUX, *La personnalité morale en procédure civile*, RTDCiv. 1995.1, n° 28.

1492 Lorsqu'il en existe.

intérêts qui, réunis, forment l'intérêt individuel d'une personne, celle-ci en sélectionne un pour le promouvoir grâce à la technique de la personnalité morale. L'acte fondateur est donc un acte d'organisation et de sélection d'intérêts. La personnalité morale n'est pas fondée sur un intérêt transcendant mais sur un intérêt immanent c'est-à-dire spécifié parmi les intérêts individuels du ou des fondateurs et/ou des membres. Pour atteindre son but, cet acte juridique particulier doit être publié afin que les tiers ne puissent méconnaître l'intérêt ainsi sélectionné et organisé.

481 L'immanence que l'on a dégagée sur le terrain du droit substantiel est également présente sur celui du droit processuel. L'action de la personne morale ne peut être totalement détachée de celle des individus. L'intérêt que la personne morale défend en justice est une émanation de l'intérêt des individus qui l'ont créée ou la font fonctionner. On a pu constater ainsi combien l'action en justice était importante dans la vie des personnes morales.

482 **Conclusion du titre II.** La notion de transcendance ne peut être retenue pour fonder une théorie juridique de la personnalité morale. Elle conduit à des incohérences graves ou à la résignation : soit on admet des exceptions toujours plus nombreuses au détriment des principes affirmés ; soit on renonce à toute théorie juridique pour se contenter d'une formule vague et peu efficiente. L'intérêt de la personne morale n'est pas un intérêt d'une nature différente de l'intérêt des membres et/ou des fondateurs. Il n'est pas transcendant, mais immanent. Le droit positif fournit de nombreux exemples où l'immanence de l'intérêt de la personne morale apparaît nettement. L'intérêt de la personne morale n'est donc pas totalement détaché de celui des individus qui l'ont créée ou qui la font fonctionner.

Conclusion de la Première Partie.

483 La notion d'intérêt est un standard dont le contenu, variable, est défini par renvoi à un système normatif autre que juridique. Il peut être comparé avec des notions du droit des obligations sans que la comparaison conduise à une assimilation. La proximité avec la notion de cause est cependant suffisamment grande pour être signalée. Comme la cause est le lien entre les éléments objectifs et les éléments subjectifs de l'acte juridique, l'intérêt est le lien entre les éléments objectifs et les éléments subjectifs de l'organisation personnifiée. Cela est apparu en particulier à l'étude de notions proches de l'intérêt dans le domaine de la personnalité morale. Ainsi s'est manifestée l'autonomie notionnelle de l'intérêt.

484 Pour présenter une réelle utilité, l'intérêt de la personne morale doit être, par ailleurs, distingué des intérêts individuels en jeu au sein de l'organisation. L'étude analytique du droit positif fait ressortir l'idée d'une distinction réelle des intérêts. L'intérêt de la personne morale n'est pas l'intérêt individuel de ses membres, lorsqu'il en existe. Il n'est pas plus l'intérêt de tous les membres que celui d'une partie, même la plus nombreuse, d'un groupement. Les organes, enfin, sont chargés de défendre l'intérêt de la personne morale. Ils n'agissent pas dans leur intérêt propre. Des mécanismes sont mis en place afin de prévenir les risques nés de la représentation, appelé aussi risques d'agence, ou pour sanctionner les attitudes déloyales.

485 L'existence d'un intérêt juridique de la personne morale ne suffit cependant pas pour fonder une théorie juridique de la personnalité morale. Il faut encore déterminer la nature de cet intérêt. Alors que la théorie de la transcendance semble dominer, il est apparu qu'elle ne peut rendre compte du droit de la personnalité morale tel qu'il est. La notion d'immanence, moins familière à la doctrine juridique, supplante à tous points de vue celle de transcendance. Elle rend mieux compte de la nature de l'intérêt de la personne morale. On en a trouvé de nombreuses manifestations en droit positif de la personnalité morale ce qui laisse penser que l'on peut y recourir pour formuler une théorie juridique de la personnalité morale. Mais on change alors de registre pour passer de l'analyse du droit positif à la synthèse de théorie du droit. C'est le signe que la première étape de la réflexion est franchie.

486 **Vers une théorie de la personnalité morale.** La notion d'intérêt que l'on vient de faire apparaître à l'occasion d'une étude du

Intérêt et immanence

droit positif de la personnalité morale est une notion clef de la théorie juridique de la personnalité morale. L'existence d'une notion d'intérêt en droit positif est en effet le préalable à toute reconstruction d'une théorie juridique cohérente de la personnalité morale. Elle est aussi la condition d'une théorie proche de la réalité du droit positif. Après l'analyse de la notion d'intérêt à partir du droit positif de la personnalité morale, voici venu le moment de fournir une synthèse de la théorie de la personnalité morale construite à partir de la notion d'intérêt immanent.

Partie II La notion d'intérêt et le concept de personnalité morale

487 **L'impératif de cohérence.** Le droit de la personnalité morale est-il soumis à d'autres lois que celle de l'arbitraire du prince qui la reconnaît à des groupements et non à d'autres selon son bon vouloir, puis leur fixe des règles dictées par de considérations de pure opportunité ? Si tel est le cas rien ne sert de tenter de trouver des principes directeurs qui rendent compte du droit positif. Pourtant ce n'est pas la voie empruntée depuis le début de cette étude. L'impératif de cohérence, qui constitue le premier degré de la scientificité, a guidé l'ensemble de nos réflexions jusqu'ici. L'épreuve décisive consiste à résoudre une énigme fondamentale du droit de la personnalité morale. Il s'agit de faire coexister deux phénomènes fréquents en droit positif : d'une part, l'existence d'un sujet de droit distinct de la personne de ses fondateurs et/ou membres (phénomène de séparation) ; d'autre part, la considération que l'on porte parfois à ces personnes ou à d'autres éléments constitutifs de l'organisation personnifiée (phénomène de transparence). On pourrait régler la difficulté en soutenant que la séparation est le principe et la transparence l'exception. Pourtant les exceptions seraient pratiquement aussi nombreuses que les manifestations du principe. L'incohérence est d'autant plus grave que les hypothèses de transparence sont importantes en pratique.

488 Une théorie cohérente de la personnalité morale doit rendre compte aussi bien des phénomènes de séparation que des phénomènes de transparence sans établir de hiérarchie entre eux. L'intérêt de la personnalité morale est apparu comme un intérêt immanent c'est à dire tout à la fois distinct des intérêts individuels et résultant de ces intérêts. L'intérêt de la personnalité morale est lui-même distinct et lié aux intérêts individuels de ses fondateurs et/ou de ses membres. Par conséquent, si les phénomènes de séparation sont essentiels dans une théorie de la personnalité morale (titre I), les phénomènes de transparence ne peuvent être rejetés comme de simples exceptions. Ils manifestent également l'essence de la personnalité morale (titre II).

Titre I La personnalité morale et le principe de séparation

489 *Universitas distat a singulis*. Le principe de séparation n'est pas un principe normatif. Il n'est pas de droit positif mais relève de la théorie du droit. Il arrive cependant que des textes¹⁴⁹³ ou des décisions¹⁴⁹⁴ affirment la distinction des personnes mais cela ne signifie pas qu'il existe en droit positif un principe normatif de séparation. L'utilisation du terme principe ne doit pas conduire à donner plus de valeur qu'il n'en mérite aux développements qui vont suivre. Elle n'a de valeur que didactique. Les phénomènes de séparation concernent aussi bien la personne morale elle-même que les attributs de la personnalité : à la séparation des personnes (chapitre I), il faut ajouter l'existence d'attributs propres à la personne morale, au premier rang desquels figure le patrimoine (chapitre II).

1493 Aucun texte général ne consacre le principe de séparation. L'article 10 du projet Waldeck-Rousseau déposé en 1899 et qui devait aboutir à la loi du 1^{er} juillet 1901 disposait que « la personnalité civile est la fiction légale en vertu de laquelle une association est considérée comme constituant une personne morale distincte de la personne de ses membres, qui leur survit et en qui réside la propriété des biens de l'association » (JO. débats Sénat, séance du 6 juin 1901, p. 791). Voir un texte spécial, l'article L. 322-26-3 du Code des assurances qui dispose que l'union constituée entre sociétés d'assurance mutuelles pour la réassurance de contrat de même nature « a une personnalité civile distincte de celles des sociétés adhérentes ». Comparer avec le droit du Québec : l'article 309 du Code civil du Québec dispose que « les personnes morales sont distinctes de leurs membres ».

1494 La plus connue est celle qui a reconnu la personnalité morale de la société civile : Req., 23 février 1891, D. 1891.1.331 ; S. 1892.1.73, note MEYNIAL ; Req., 2 mars 1892, S. 1892.1.497, note MEYNIAL. Voir également Com., 17 janvier 1956, D. 1956.265, note R. HOUIN ; JCP 1956, II, 9601, note R. GRANGER. On ne peut nier l'influence de certains auteurs sur la jurisprudence ; en particulier M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} éd., Sirey 1946, p. 151 sqq., spéc. p. 167 sur la distinction des intérêts et des personnes. La doctrine du XIX^e siècle utilisait également une locution latine pour exprimer le principe de séparation : *Universitas distat a singulis* : Ed. PIÉBOURG, *De la condition des personnes civiles en droit romain et en droit français*, thèse Paris, Parent 1875, p. 19 sqq.

Chapitre I La séparation des personnes

490 La séparation des personnes est la manifestation essentielle de l'apparition d'un nouveau sujet de droit. C'est pour cette raison que l'on doit l'expliquer la première. A défaut de justification valable de ce phénomène, la formulation d'une théorie juridique cohérente de la personnalité morale serait compromise.

491 Lorsque l'on a étudié la notion d'intérêt dans le droit positif de la personnalité morale, on a constaté, d'une part, l'existence d'un intérêt immanent propre à la personne morale, et, d'autre part, l'existence de procédures de publicité spécifiques aux actes d'organisation. Ces éléments du droit positif doivent être interprétés dans le cadre d'une théorie juridique de la personnalité morale. Ils apparaissent comme les fondements substantiels et formels de la personnalité morale. L'intérêt fournit la substance de l'organisation (section I) que la publicité se charge de rendre opposable (section II).

Section I Le fondement substantiel de la personne morale

492 La personne morale est un sujet de droit¹⁴⁹⁵. En tant que tel, elle peut être titulaire de droits dits subjectifs. La construction d'une théorie juridique de la personnalité morale suppose éclaircis les rapports entre les notions de sujet de droit, de droit subjectif et d'intérêt. Il ne s'agit pas de proposer une nouvelle théorie du droit subjectif, ni de produire une synthèse exhaustive sur ce sujet. L'objectif est bien plus modeste. La réflexion devra se porter, dans un premier temps, sur la notion de droit subjectif et notamment sur ses éléments constitutifs : la volonté et/ou l'intérêt. Dans un second temps, on pourra faire apparaître les rapports qui existent entre les deux concepts. La définition de la personnalité morale à partir de la notion de droit subjectif n'est cependant pas la seule méthode possible. Hauriou l'a démontré. Il a adopté une démarche originale qui va de l'objectif au subjectif¹⁴⁹⁶. On peut aussi tenter de combiner ces deux méthodes en démontrant, d'une part, que la personne morale est un sujet de droits subjectifs (§1) et, d'autre part, qu'elle se fonde sur une organisation (§2).

§ 1 La notion de droit subjectif

493 **Lien entre les concepts de personnalité morale et la notion de droit subjectif.** Une brève étude de la notion de droit subjectif est nécessaire. Le lien entre les concepts de personnalité morale et de droit subjectif est tellement évident qu'il est souvent apparu de bonne méthode de prendre pour point de départ d'une théorie de la personnalité morale, la notion de droit subjectif¹⁴⁹⁷. Il est en effet toujours de droit positif qu'il ne saurait y avoir de droit sans sujet de droit¹⁴⁹⁸. La notion de sujet de droit présente les mêmes caractères que celle de droit subjectif et prête aux mêmes controverses.

494 La référence aux « intérêts licites dignes, par suite, d'être juridiquement protégés » contenue dans l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1954 peut être lue comme une référence indirecte à la notion de droit subjectif. Empruntée à Marcel Waline¹⁴⁹⁹,

1495 Certaines définitions de la personne morale sont en définitive des définitions du sujet de droit. Voir X. DUPRÉ DE BOULOIS, *La puissance privée. Contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatérale*, thèse dactyl., Paris II 2000, p. 208.

1496 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., Sirey 1910, p. 641 sq.

1497 Cette méthode est celle adoptée par Jean Dabin : Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 144.

1498 En ce sens : Civ. I, 22 juillet 1987, BC., I, n° 258.

1499 M. WALINE, *op. cit.*, p. 154. Voir également les conclusions Lemoine sur l'arrêt précité de la Cour de cassation : JCP. 1954, II, 7978.

elle fait penser à la définition du droit subjectif donnée par Ihering. La théorie du droit subjectif comme intérêt protégé peut cependant conduire à des théories de la personnalité morale non réalistes¹⁵⁰⁰. L'exemple de Ihering est significatif puisque l'on sait qu'il était proche en définitive des théories négatrices de la personnalité morale. La théorie de la volonté n'est pas liée à la théorie de la fiction, pas plus que la théorie de l'intérêt n'est liée à la réalité. On constate à nouveau que le choix entre théorie de la fiction et théorie de la réalité ne donne aucune solution sûre.

495 Un bref rappel de la controverse entre les défenseurs de la théorie du droit subjectif-volonté et les promoteurs de la théorie du droit subjectif-intérêt (I) permettra de faire apparaître l'enjeu du débat au regard de la théorie de la personnalité morale (II).

I Volonté et intérêt dans la théorie du droit subjectif

496 La doctrine traditionnelle n'est pas homogène. Les auteurs se répartissent en trois écoles : les uns soutiennent que le droit subjectif est volonté ; les autres qu'il est intérêt ; d'autres enfin qu'il est une combinaison des deux. Le rappel du débat traditionnel (A) conduit à s'interroger sur l'utilité du concept (B).

A) Le débat traditionnel

497 **Droit subjectif et volonté : Savigny.** Issue de la pensée de Savigny¹⁵⁰¹, la doctrine du droit subjectif comme pouvoir de volonté a été développée par d'autres auteurs allemands de l'École des pandectistes au XIX^e siècle. Son défenseur le plus connu reste Windscheid¹⁵⁰². La doctrine s'est ensuite divisée sur les implications d'une telle définition du droit subjectif. Si une partie de la doctrine a soutenu que seul l'homme, doué de raison, est sujet de droit, une autre fraction a soutenu au contraire que les groupements sont dotés d'une volonté réelle¹⁵⁰³. En France cette théorie a été soutenue par des auteurs de droit public¹⁵⁰⁴ comme de droit privé. Elle se heurte à une

1500 Voir A. PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personnalité morale et volonté*, Droits 1999, n° 28, *La volonté*, p.17.

1501 Voir en particulier : F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit de l'allemand par Ch. GUENOUX, 2^{ème} éd., Didot, t. III 1858, § CXII. Cette conception découle de sa conception du droit (entendu dans le sens de droit subjectif) : op. cit., t. I 1856, § IV.

1502 B. WINSCHIED, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 9^{ème} éd. par TH. KIPP, Rütten & Loening, Frankfurt an Main 1906, § 49 et § 37, spéc. p. 156.

1503 Voir A. PAYNOT-ROUVILLOIS, article précité, p.17.

1504 Voir J. BARTHÉLÉMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse Toulouse, Librairie du recueil général des lois et des arrêts 1899.

objection majeure. En effet, ni le fou ni l'infans ne sont doués de volonté¹⁵⁰⁵. Pour Savigny, les aliénés ont « la capacité du droit comme les autres hommes » mais « leur capacité d'agir est entièrement suspendue »¹⁵⁰⁶. Pourtant, ils sont indiscutablement sujets de droit¹⁵⁰⁷. Il semble donc impossible de faire de la volonté la substance du droit subjectif. On a parfois tenté de préserver l'essentiel de la théorie de la volonté en soutenant que lors même qu'un individu est dépourvu de volonté, l'Etat veut pour lui¹⁵⁰⁸. Ce qui n'est évidemment guère convaincant.

498 Droit subjectif et intérêt : Ihering. La définition du droit subjectif selon Ihering est bien connue de tous. Le fondateur de l'Ecole rivale de celle de Savigny définissait le droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé. Cette définition a trouvé des défenseurs parmi les auteurs de la doctrine française¹⁵⁰⁹. On peut identifier dans cette définition deux éléments : l'intérêt d'une part et l'action d'autre part. Tant qu'il est dépourvu de protection, l'intérêt n'est en définitive qu'un fait dans la théorie de Ihering. Il n'est guère utile de discuter les critiques traditionnelles de la théorie de Ihering. On lui reproche principalement d'être une doctrine matérialiste et égoïste¹⁵¹⁰. Cette critique est injuste. Ihering lui-même admettait que c'était encore jouir de son droit que d'en disposer gratuitement en faveur d'autrui. L'altruisme n'est pas étranger à Ihering¹⁵¹¹.

499 Les auteurs se sont divisés par la suite pour définir les rapports de l'intérêt et du droit subjectif. Pour André Gervais, tout intérêt n'est pas nécessairement un droit subjectif¹⁵¹². Les deux notions se situent sur des plans différents : l'intérêt est une utilité tandis que le droit subjectif est une prérogative¹⁵¹³. Pour Jean Dabin

1505 Voir cependant A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Des fondations*, thèse Paris, Giard et Brière 1894, p. 428 sq.

1506 F. C. VON SAVIGNY, op. cit., t. III 1858, § CXII, spéc. p. 85.

1507 En sens contraire cependant : E. ROGUIN, *La science juridique pure*, t. 2nd, LGDJ-Librairie Rouge & C^{ie}, Paris-Lausanne 1923, n° 660 sqq., qui ne leur reconnaît qu'une personnalité fictive (op. cit., spéc. n° 691).

1508 En ce sens : A. GOROVITSEFF, *Etudes de principiologie du droit. La lutte autour de la notion de sujet de droit*, RTDCiv. 1926.881.

1509 Voir notamment : C. G. PARTHÉNIU, *Le droit social sur les choses. Essai sur la Nature des Propriétés collectives*, thèse Paris, Imprimerie Henri Jouve 1908, p. 34. Voir également G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, Bibl. dr. priv. n° 253, LGDJ 1997, n° 23.

1510 Sur les critiques philosophiques adressées à la théorie de Ihering : J. DABIN, op. cit., p. 66 sqq.

1511 R. VON IHERING, *L'esprit du Droit Romain*, t. IV, trad. MEULENAERE, 2^{ème} éd., Marescq 1880, p. 333.

1512 A. GERVAIS, *Quelques réflexions à propos de la distinction des Droits et des intérêts*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey 1961, p. 241.

1513 Ibid.

l'intérêt est préjuridique et l'action postjuridique : le droit subjectif se situe entre les deux¹⁵¹⁴. Il est vrai que la protection n'est que le moyen de réalisation du droit et ne peut donc être conçue comme l'élément essentiel du droit subjectif¹⁵¹⁵. En revanche, le rejet hors du droit de l'intérêt n'est guère justifié. La notion d'intérêt est une notion juridique du droit positif et non une notion préjuridique¹⁵¹⁶. Elle semble même parfois plus présente en droit positif que la notion même de droit subjectif.

500 En réalité, la définition de Ihering n'est pas pleinement satisfaisante car elle ne définit que le but du droit subjectif ou sa substance et non toute son essence. Or, une définition téléologique ne dispense pas d'une définition réelle¹⁵¹⁷. Pour cela, il faut compléter la définition du droit subjectif comme intérêt. C'est ce qu'ont tenté de faire certains auteurs en proposant des définitions mixtes.

501 **Conception mixte du droit subjectif : Saleilles et Michoud.** Selon Michoud le droit subjectif « est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à la volonté de le représenter ou de le défendre »¹⁵¹⁸. Pour Saleilles le droit subjectif est « un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome »¹⁵¹⁹. Dans cette définition l'essentiel aux yeux de son auteur, c'est le pouvoir¹⁵²⁰. C'est cet élément qui assure l'autonomie du droit subjectif à l'égard de l'Etat¹⁵²¹. La définition de Saleilles est certainement la plus originale de toute. Alors que celle de Michoud s'expose tant aux critiques adressées à la théorie de la volonté qu'à celles dirigées contre la théorie de l'intérêt celle de Saleilles semble beaucoup plus juste¹⁵²². S'il admet l'importance de la volonté dans la

1514 J. DABIN, op. cit., p. 71.

1515 En ce sens : J. DABIN, op. cit., p. 68 sqq.

1516 Sur la positivité de la notion d'intérêt : voir ci-dessus, n° 94 sqq.

1517 En ce sens : J. DABIN, op. cit., p. 70. Voir avant lui : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., Rousseau 1922, p. 541.

1518 L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 48, p. 107.

1519 R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 548.

1520 R. SALEILLES, op. cit., p. 544 sq.

1521 R. SALEILLES, op. cit., p. 546.

1522 La théorie de Dabin peut être rattaché aux théories mixtes bien que cet auteur ait tenté de ne pas se placer sur le terrain classique : J. DABIN, op. cit., p. 80 sqq. Sur l'échec du projet de Dabin : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, *Economica* 1985, n° 310. ; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif en droit privé*, préf. G. RIPERT, 2^{ème} éd. revue et augmentée, Bruylant Bruxelles 1978, n° 51.

mise en œuvre du droit subjectif¹⁵²³, il insiste avant tout sur les notions de pouvoir¹⁵²⁴ et d'intérêt.

502 Ces théories, qui contiennent toutes une part de vérité, n'ont guère convaincu¹⁵²⁵. Elles se heurtent à ce que Monsieur Gaillard a appelé le paradoxe des théories du droit subjectif¹⁵²⁶. Il consiste à vouloir reconnaître la qualité de sujet de droit à l'infans et à l'aliéné tout en maintenant l'élément volonté¹⁵²⁷. Elles présentent, en outre l'inconvénient d'être exposées tant aux critiques que l'on adresse à la théorie du droit subjectif-volonté, qu'aux critiques que l'on oppose à la théorie du droit subjectif-intérêt.

B) Utilité du concept de droit subjectif

503 Les tentatives modernes de définition du droit subjectif invitent à s'interroger sur le bien fondée de la question elle-même¹⁵²⁸. La situation actuelle du débat illustre combien la question est, en réalité, impossible à résoudre. Elle démontre aussi l'incapacité de la théorie juridique française à faire abstraction de la notion malgré les critiques dirigées contre elle.

504 **Duguit et la négation du droit subjectif.** La critique du droit subjectif par Duguit est radicale. Il rejette la notion comme métaphysique¹⁵²⁹. Cette opinion est en parfaite cohérence avec sa théorie objective du droit. Il refuse en particulier de reconnaître la supériorité d'une volonté privée sur une autre volonté privée¹⁵³⁰. Seul existe, pour Duguit, le droit objectif : tout phénomène juridique se réduit à l'application du droit objectif. Pour décrire le droit il recourt à la notion de situation juridique¹⁵³¹ : situation objective lorsqu'elle découle directement de l'application de la norme juridique ; situation subjective lorsqu'elle peut être invoquée par une ou plusieurs personnes¹⁵³². On peut remarquer que cette présentation n'est pas, en

1523 Ce rôle de la volonté reste tout de même un obstacle à la réception de sa théorie.

1524 Sur cette originalité : J. DABIN, op. cit., p. 76 sqq.

1525 Voir notamment : J. DABIN, op. cit., p. 80.

1526 E. GAILLARD, thèse précitée, n° 321.

1527 Ibid.

1528 Voir par exemple : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, n° 2 sq., qui voit dans le droit subjectif une situation subjective où les prérogatives l'emporte sur les charges.

1529 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^{ème} éd., Bocard 1927, § 19. Voir également du même auteur, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^{ème} éd., Alcan 1920, p. 8 sqq.

1530 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op.cit., § 20, p. 216.

1531 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., § 29, p. 307.

1532 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op.cit., § 29, p. 308 sqq. sur les situations objectives et p. 312 sqq. sur les situations subjectives.

réalité, incompatible avec l'existence du droit subjectif¹⁵³³. D'une part, si l'existence du droit subjectif est sans doute l'expression d'une forme d'individualisme juridique, elle n'a pas nécessairement pour conséquence la subordination d'une volonté à une autre. D'autre part, la distinction entre situations objectives et situations subjectives n'est peut-être qu'une autre façon de présenter la droit subjectif lui-même comme semble le démontrer la reprise de cette terminologie par Roubier¹⁵³⁴. La notion de droit subjectif n'est peut-être pas si métaphysique que semblait le penser Duguit.

505 **Kelsen et la fonction du droit subjectif.** Une critique aussi radicale émane de Hans Kelsen¹⁵³⁵. Dans la doctrine normativiste de cet auteur le droit subjectif est nié, non en raison de son caractère métaphysique, mais en raison de son caractère métajuridique¹⁵³⁶. L'assimilation du droit à l'Etat le conduit à rejeter toute idée de droit contre l'Etat, car ce serait reconnaître un droit contre le droit¹⁵³⁷. La notion de droit subjectif n'est pas une notion du droit positif. Elle n'a qu'une valeur didactique. Le droit subjectif est « une notion auxiliaire qui facilite la description des données juridiques »¹⁵³⁸. Son plus fidèle disciple français, Charles Eisenman, s'est également prononcé en ce sens à l'occasion de l'étude critique de l'ouvrage de Jean Dabin¹⁵³⁹. Eisenman critique l'obscurité de la définition de Dabin, notamment celle de l'élément appartenance¹⁵⁴⁰. Il estime que la définition est d'un usage malaisé¹⁵⁴¹. La raison de l'erreur de Dabin se trouve d'après Eisenman dans les prémisses même de la théorie¹⁵⁴². Le droit subjectif n'est pas de droit positif, il est une notion de la science du droit. Cela ne signifie pas que sa définition soit arbitraire mais uniquement qu'il faut être conscient de sa nature de construction juridique¹⁵⁴³. On

1533 Voir R. CLÉMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, préf. L. LE FUR, Sirey 1935, p. 93.

1534 P. ROUBIER, op. cit., n° 2 sq.

1535 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., traduction par Ch. EISENMAN, Dalloz 1962, p. 170 sqq.

1536 Voir également : H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, introduction de S. L. PAULSON, Bruylant LGDJ 1997, p. 126 sqq. (l'ouvrage date de 1945) ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduction O. BEAUD et F. MALKANI, Collection Léviathan, PUF 1996, p. 179 sqq., où Kelsen maintient sa position hostile au droit subjectif.

1537 Voir J. DABIN, op. cit., p. 14 sqq.

1538 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 173.

1539 Ch. EISENMAN, *Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin*, RDP. 1954.753.

1540 Ch. EISENMAN, art. cit., p. 757 sqq.

1541 Ch. EISENMAN, art. cit., p. 761 sqq.

1542 Ch. EISENMAN, art. cit., p. 768 sqq.

1543 Ch. EISENMAN, art. cit., p. 772 sqq., où Eisenman fournit les nouvelles prémisses d'une théorie du droit subjectif en insistant sur le fait qu'il s'agit d'une espèce de

pourrait affirmer la même chose du concept de sujet de droit. Il présente cependant un caractère positif plus grand que celui de droit subjectif¹⁵⁴⁴.

506 **La nécessité du droit subjectif.** L'histoire nous apprend que la notion de droit est née à une époque assez récente. Michel Villey en trouve les premières formules dans la pensée de Guillaume d'Occam au XIV^e siècle¹⁵⁴⁵. La notion de droit subjectif était inconnue du droit romain¹⁵⁴⁶ et l'est encore de la *common law*¹⁵⁴⁷. Le droit romain donnait une place centrale au *jus* et à la *res*. Le *jus* découlait de la nature des choses dont il décrivait la substance sans recourir à l'idée d'un pouvoir de l'homme sur les choses¹⁵⁴⁸. Le juriste anglais, quant à lui, recourt de préférence à la notion d'intérêt. Certains auteurs en ont déduit que la notion de droit subjectif était inutile¹⁵⁴⁹. Il serait sans doute excessif d'adopter une telle conclusion même s'il est vrai que la notion présente une grande relativité. Elle n'est pas nécessaire et n'est pas la seule utile.

« pouvoir d'agir » ou « prérogative » (p. 772).

1544 La jurisprudence y recourt parfois : Civ. I, 22 juillet 1987, BC., I, n° 258. Dire que la personnalité morale est un sujet de droit n'apporte rien. En ce sens : B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 412.

1545 M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 4^{ème} éd., Les cours du droit 1961-1968, p. 225 sqq. Il convient cependant de nuancer les conclusions auxquelles Villey est arrivé. Son interprétation de l'histoire est assez personnelle et destinée à fonder une critique de la pensée juridique moderne. Voir D. GUTMAN, *Michel Villey, le nominalisme et le volontarisme*, Droits 1999, n° 29 *Michel Villey*, p. 89.

1546 En ce sens : M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes de droit romain*, RHD 1946.201.

1547 Voir G. SAMUEL, *La notion d'intérêt en droit anglais*, in *Droit et intérêt*, Vol. 3, Publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 1990, p. 405 sqq. ; du même auteur, « *Le droit subjectif* » and *English Law*, *Cambridge Law Journal* 1987, p. 264. ; P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Collection Que sais-je ?, PUF 1999, p. 77 sqq. En sens contraire : O. IONESCU, thèse précitée, 2^{ème} éd. revue et augmentée, Bruylant Bruxelles 1978, p. 13 et n° 88 sqq. ; R. DAVID, *Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine*, *Archives de philosophie du droit* 1970, p. 1, spéc. p. 10 sq., qui pensent que le droit anglo-américain connaît la notion de droit subjectif, car il garantirait des prérogatives juridiques comme les droits continentaux.

1548 Voir M. VILLEY, article précité ; Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain)*, *Archives de philosophie du droit* 1980, p. 413. Pour une application à la propriété : Fr. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactyl., Lyon III 1981, n° 134 sqq., spéc. n° 154 sqq.

1549 En ce sens : I. DE KOSCHEMBAR-LYSKOWSKI, *Quelques dispositions générales d'un projet de Code civil polonais*, RTDCiv. 1928.552, spéc. p. 573. Voir également Chr. ATIAS, *Le droit de nuire*, D. 1997, Chr. 385, qui pense que la notion de droit subjectif « n'offre aucun guide dans la recherche des solutions à mettre en œuvre pour résoudre les conflits réels ».

507 Ne peut-on soutenir alors que droit, terme employé fréquemment par les textes et les décisions judiciaires, et droit subjectif sont synonymes ? Le droit romain connaissait le *jus* tout en ignorant sans doute le droit subjectif¹⁵⁵⁰. Il en est de même en *common law*. Les juges utilisent le terme de *right* sans lui donner le sens de droit subjectif¹⁵⁵¹. *Droit* n'est pas une notion juridique mais un mot pris dans le vocabulaire profane, utilisé dans son sens courant. On ne peut donc pas considérer que le qualificatif *subjectif* est implicite lorsque les juges utilisent le mot *droit*. Si les décisions de justice usent couramment du terme *droit* l'utilisation de l'expression *droit subjectif* est exceptionnelle. Un arrêt de rejet du 5 décembre 1990 peut être cité, qui utilise l'expression, mais il semble bien isolé¹⁵⁵². La référence au droit subjectif était de plus le fait de l'avocat aux Conseils auteur du pourvoi et non de la Cour de cassation. Elle n'a eu par ailleurs aucune influence sur la solution du litige. Une telle décision ne permet pas de conclure au caractère positif de la notion. Les auteurs font le plus souvent cohabiter droit subjectif et intérêt. Selon André Gervais, il n'existe qu'une différence de degré entre l'intérêt et le droit subjectif¹⁵⁵³. Pour Pierre Coulombel, le droit subjectif est composé de trois éléments : un intérêt, un pouvoir et une fonction sociale¹⁵⁵⁴. Les rapports entre droit subjectif et intérêt sont difficiles à établir car la notion même de droit subjectif reste obscure.

508 Sans aller jusqu'à nier de manière radicale la notion de droit subjectif, il faut reconnaître que le droit a parfois atteint un haut degré de développement sans la connaître. Elle n'est nullement nécessaire pour penser le droit. Elle est une simple technique du droit¹⁵⁵⁵. Elle reste cependant une référence obligée de la doctrine contemporaine¹⁵⁵⁶. L'idéologie du droit subjectif passe aujourd'hui dans la loi¹⁵⁵⁷. La critique radicale de la notion de droit subjectif est donc sans doute excessive¹⁵⁵⁸. Monsieur Carbonnier a établi que le droit subjectif correspond à une réalité en sociologie théorique du

1550 Voir M. VILLEY, article précité.

1551 G. SAMUEL, « *Le droit subjectif* » *and English Law*, Cambridge Law Journal 1987, p. 264.

1552 Civ. III, 5 décembre 1990, Juridisque Lamy Cassation, arrêt n° 1923.

1553 A GERVAIS, *Quelques réflexions sur la distinction des droits et des intérêts*, article précité.

1554 P. COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, avant-propos D. TALLON, LGDJ 1969, p. 19 sq.

1555 Voir Fr. GÉNY, *Sciences et techniques en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, Sirey 1921, n° 224.

1556 Voir *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, 4^{ème} éd., LGDJ 1994, n° 180.

1557 En ce sens : Chr. ATIAS, article précité, D. 1997, Chr. 385.

droit¹⁵⁵⁹. La notion d'intérêt pourrait certes être substituée à celle de droit subjectif sans révolution mais un changement de terminologie n'est jamais anodin en droit¹⁵⁶⁰. Le recours à la notion d'intérêt tend à introduire dans le droit l'idée de valeur¹⁵⁶¹. Le pouvoir de l'individu n'est plus inconditionné et indépendant de toute valeur ; il est au contraire soumis à un contrôle de légitimité tant dans son principe que dans sa réalisation. La jurisprudence contemporaine aboutit au même résultat sans avoir condamné la notion de droit subjectif. La théorie de l'abus de droit en particulier permet d'intégrer l'idée de valeur, voire de justice, dans le droit subjectif. Il semble enfin que les notions d'intérêt et de droit subjectif se situent sur deux plans différents : si l'intérêt est une notion empirique, un standard, il n'est doté en lui-même d'aucune force politique comparable à celle du droit subjectif¹⁵⁶². La notion de droit subjectif mérite en définitive d'être conservée en vertu du principe de conservation des hypothèses¹⁵⁶³. Les remises en cause dont elle fait l'objet sont sans doute un signe paradoxal de son caractère fondamental¹⁵⁶⁴.

509 La difficulté qu'il y a à définir le droit subjectif tient, d'après Monsieur Zénati, au fait que l'on désigne deux institutions aussi différentes que la propriété et l'obligation par un seul concept¹⁵⁶⁵. Selon cet auteur, l'incommunicabilité entre les théories de l'intérêt et de la volonté s'explique par cette ambiguïté du concept de droit subjectif. L'obligation est un rapport « juridique réifié » alors que la propriété est une « pouvoir subjectif par lequel la volonté s'exprime » : à l'obligation correspond la notion d'intérêt, à la propriété celle de pouvoir de la volonté¹⁵⁶⁶. On ne peut qu'être séduit par une analyse

1558 En ce sens : *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Introduction générale*, op. cit., n° 181.

1559 J. CARBONNIER, *Théorie sociologique du droit subjectif*, in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^{ème} éd., LGDJ 1992, p. 157 sqq.

1560 Voir G. SAMUEL, *La notion d'intérêt en droit anglais*, article précité.

1561 Sur le rapport entre intérêt et droit du point de vue de l'idée de valeur : E. PATTARO, *Conduite, Droit subjectif et intérêt*, in *Droit et intérêt*, Vol. 1, Publication des FUSL, Bruxelles 1990, p. 319, spéc. p. 321.

1562 Voir G. SAMUEL, « *Le droit subjectif* » and *English Law*, article précité, spéc. p. 284 sq.

1563 Ce principe méthodologique conduit à conserver les hypothèses qui ont fait leur preuve tant que l'on ne peut leur en substituer de meilleures.

1564 Voir P. KAYSER, *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, RTDCiv. 1971.445, n° 6. Voir également E. GAILLARD, thèse précitée, n° 320 sqq., sur l'impossible définition du droit subjectif.

1565 Fr. ZÉNATI, Th. REVET, *Les biens*, 2^{ème} éd. refondue, Collection droit fondamental, PUF 1997, n° 114. Voir également Fr. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactyl., Lyon III 1981, n° 546 sqq.

1566 Fr. ZÉNATI, Th. REVET, op. cit., n° 114.

aussi pénétrante¹⁵⁶⁷. Cependant elle se heurte toujours à la critique radicale de la volonté comme élément du droit subjectif. Il semble bien être impossible de laisser quelque place que ce soit à la volonté pour définir la substance du droit subjectif. L'unité du concept paraît au contraire pouvoir être soutenue par le recours à la notion de pouvoir. La substance du droit subjectif se trouve dans la notion de pouvoir octroyé dans un intérêt déterminé¹⁵⁶⁸. L'intérêt poursuivi doit être légitime. L'intérêt n'est que le but du droit subjectif, il faut en outre un facteur dynamique qui permette de le satisfaire. Cet élément n'est pas l'action qui est postérieure au droit subjectif. Ce n'est pas la volonté qui lui est étrangère. Il s'agit du pouvoir, ou de la prérogative, d'accomplir les actes juridiques ou matériels utiles à la satisfaction d'un intérêt légitime¹⁵⁶⁹. La volonté doit être nettement écartée de toute définition du droit subjectif. Sans cela, le paradoxe relevé par Monsieur Gaillard ne peut être évité. Ce paradoxe consiste à écarter la volonté de la définition du droit subjectif, tout en affirmant son caractère essentiel¹⁵⁷⁰.

510 Les concepts de droit subjectif et de personnalité morale ont principalement une fonction doctrinale. Cependant les concepts de personne, conçue comme personne physique le plus souvent, et de personne morale sont de droit positif. On ne peut leur dénier toute vertu doctrinale et didactique mais ils sont aussi et surtout des notions du droit positif que l'on trouve dans les normes applicables en droit français¹⁵⁷¹. Ils ont donc également une fonction normative incontestable. C'est là une grande différence avec la notion de droit subjectif. S'il est possible de décider de conserver la notion de droit subjectif en théorie du droit, il faut reconnaître qu'il n'y a aucune nécessité à cela. La notion d'intérêt légitime rendrait tout aussi bien compte du droit positif.

II Volonté et intérêt dans la théorie de la personnalité morale

1567 Elle explique la difficulté que la doctrine a à donner une conception unitaire du droit subjectif. Voir *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, 4^{ème} éd., LGDJ 1994, n° 196 sqq. et n° 201 sqq. Les auteurs distinguent « une modalité particulière du droit subjectif : le pouvoir légitime contre une personne », c'est-à-dire le droit de créance.

1568 Voir R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Rousseau 1911, p. 328 sq., sur la prédominance de l'intérêt.

1569 Voir R. DEMOGUE, op. cit., p. 327, pour qui « l'idée de pouvoir est la première à mettre en avant ». Voir également J. BRETHER DE LA GRESSAYE, M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey 1947, n° 353 sqq.

1570 E. GAILLARD, thèse précitée, n° 321 sqq.

1571 Voir cependant H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 252, selon qui le fait que l'autorité normative se serve du concept ne change rien à son caractère.

511 Le sujet de droit est titulaire de droits subjectifs. Il y a équivalence terminologique entre *sujet de droit*, *personne* et *titulaire de droits subjectifs*¹⁵⁷². Cela explique qu'il soit nécessaire, du point de vue logique¹⁵⁷³, de partir de la notion de droit subjectif pour aboutir à une conception juste de la notion de sujet de droit¹⁵⁷⁴ et plus particulièrement du concept de personnalité morale.

A) Critique théorique de la volonté collective

512 La critique de la notion de volonté collective peut prendre deux formes. La première conduit à contester la pertinence du qualificatif collectif. Celui-ci ne s'impose pas car il existe des personnes morales avec un seul membre (EURL), voire sans membre (fondation). En outre, l'usage du vocable *collectif* est parfois abusif. La seconde voie consiste à contester fondamentalement l'existence même d'une volonté propre de la personne morale. On peut distinguer deux courants dans la doctrine classique. Il y a d'une part les auteurs qui croient à l'existence d'une véritable volonté collective¹⁵⁷⁵ et il y a ceux qui rejettent cette idée¹⁵⁷⁶. Les catégories ne sont cependant pas fixes. Certains auteurs se sont dégagés d'une conception volontariste de la personnalité¹⁵⁷⁷. L'analyse du droit positif confirme l'analyse théorique et conduit au rejet de toute idée de volonté collective au fondement de la personnalité morale.

513 **Critique des doctrines volontaristes.** La personne n'est pas la substance individuelle de nature raisonnable de la scolastique médiévale¹⁵⁷⁸ qui avait conduit certains auteurs à rejeter la personnalité morale dans le domaine de la pure fiction. Ainsi, pour Vareilles-Sommières, la personne est l'être doué de raison et de liberté, c'est l'homme¹⁵⁷⁹. Cette définition n'est cependant pas la seule permise. La philosophie personnaliste fournit une définition différente : la personne est définie comme centre d'actes, elle fait

1572 En ce sens : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 254.

1573 Le lien est logiquement nécessaire en droit français car il n'existe pas de droit sans sujet de droit. En ce sens : Civ. I, 22 juillet 1987, BC., I, n° 258.

1574 En ce sens : J. DABIN, op. cit., p. 144.

1575 Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., spéc. p. 532 ; R. CLÉMENTS, thèse précitée, p. 62 sq. ; O. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887, p. 603 sqq.

1576 Voir F. C. VON SAVIGNY, op. cit., t. III 1858, § IV et § CXII ; C. G. PARTHÉNIU, *Le droit social sur les choses. Essai sur la Nature des Propriétés collectives*, thèse Paris, Imprimerie Henri Jouve 1908, p. 40.

1577 C'est le cas de Saleilles et d'Hauriou. Voir en particulier du premier : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., notamment p. 532, qui admet cependant l'existence d'une volonté collective.

1578 Voir THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, CERF 1990, I, Q. 29, article 1.

1579 M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, LGDJ 1919, n° 16.

l'unité concrète des actes¹⁵⁸⁰. S'il existe un certain personnalisme juridique, dont le contenu reste très académique, cette définition de la personne n'a pas eu de portée en droit de la personnalité morale. A force de considérer le droit comme un pouvoir de volonté, la doctrine volontariste « en est venue à considérer que le sujet de droit est la volonté elle-même »¹⁵⁸¹. Cependant, l'existence d'une conscience collective a souvent été contestée¹⁵⁸².

514 **L'idée d'une volonté juridique ou organique.** Madame Paynot-Rouvillois a fort bien rendu compte de l'évolution des rapports entre volonté et personnalité morale dans la théorie du droit¹⁵⁸³. Chez Savigny la personne morale était certes dotée d'une volonté mais d'une volonté artificielle grâce au mécanisme de la représentation¹⁵⁸⁴. Avec le recul de la *Willentheorie*, la construction d'une théorie purement juridique de la volonté et de la personnalité morale est devenue possible. Hauriou lui-même a donné beaucoup d'importance à la volonté dans une première phase de sa pensée¹⁵⁸⁵. A la différence de Savigny cependant, il considérait que la volonté de la personne morale était une volonté réellement collective¹⁵⁸⁶. Cette idée d'une volonté réellement collective était une caractéristique majeure de la théorie de Gierke. Gierke a développé une théorie de la volonté réelle des personnes morales. Le théoricien de la *Genossenschaft*, l'association germanique, voyait dans la personnalité morale une personne collective capable non seulement d'un point de vue strictement juridique mais aussi de vouloir¹⁵⁸⁷. L'ambiguïté des théories de la volonté réelle mérite d'être relevée. Chez Gierke notamment, il est impossible de savoir si la volonté réelle de la personne morale préexiste ou si elle est générée par l'organisation¹⁵⁸⁸. Seule la seconde conception peut se justifier du point de vue juridique.

1580 Voir E. MOUNIER, *Révolution personnaliste et communautaire*, in *Refaire la Renaissance*, collection Point Seuil 2000, p. 81 sqq.

1581 R. CLÉMENS, thèse précitée, p. 62 sq.

1582 Voir notamment : F. C. VON SAVIGNY, op. cit., t. III 1858, § IV et § CXII ; C. G. PARTHÉNIU, *Le droit social sur les choses. Essai sur la Nature des Propriétés collectives*, thèse Paris, Imprimerie Henri Jouve 1908, p. 40.

1583 A. PAYNOT-ROUVILLOIS, article précité.

1584 F. C. VON SAVIGNY, op. cit., t. III 1858, § IV et § CXII. Voir A. PAYNOT-ROUVILLOIS, article précité.

1585 Voir M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGD 1898.5 et 1898.119.

1586 Sur ce changement dans la théorie de la personnalité morale en relation avec la notion de volonté : A. PAYNOT-ROUVILLOIS, article précité.

1587 O. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887, p. 603 sqq., spéc. p. 603.

1588 En ce sens : G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Sirey 1931, p. 639, qui adresse la critique à Gierke mais aussi à Saleilles.

515 Carré de Malberg a contribué à l'effort doctrinal qui consiste à détacher la volonté de son support psychologique voire quasi-biologique¹⁵⁸⁹. Il a avancé l'idée d'une volonté juridique qui est non pas naturellement celle de la personne morale mais seulement imputée à la personne morale. Carré de Malberg appelait organes « les hommes qui, soit individuellement, soit en corps, sont habilités par la Constitution à vouloir pour la collectivité et dont la volonté vaut de par cette habilitation statutaire, comme volonté légale de la collectivité »¹⁵⁹⁰. Elle reste celle d'individus mais est juridiquement imputée à la personne morale. Il n'y a pas deux personnes, comme dans la représentation : l'organe n'a pas de personnalité propre¹⁵⁹¹. De la même façon, il n'y a qu'une seule volonté¹⁵⁹². Carré de Malberg a été précédé dans cette voie par Saleilles. La volonté apparaît encore comme une réalité organique chez Saleilles¹⁵⁹³ : par le jeu de la représentation, les organes expriment la volonté collective. Saleilles n'avait sans doute pas suffisamment détaché la volonté de la personne morale de celle des individus¹⁵⁹⁴. C'est le mérite de Carré de Malberg que d'avoir achevé cette construction doctrinale¹⁵⁹⁵. Le juriste ne déforme pas la réalité comme semblait le penser Savigny, il ne s'intéresse précisément qu'à la réalité : la réalité juridique¹⁵⁹⁶. De la même façon, pour Dabin, la volonté est sociale par son orientation mais elle reste celle des individus¹⁵⁹⁷. Si les organes veulent pour la personne morale, ils veulent par leur volonté propre¹⁵⁹⁸. Plus récemment Monsieur Wicker a, dans le même sens, mis en évidence la notion de volonté juridique¹⁵⁹⁹. Cette idée rend compte des phénomènes de représentation sans recourir à la fiction. Elle insiste sur le fait que la volonté, en elle-même, n'est dotée d'aucune puissance juridique¹⁶⁰⁰. Ces opinions montrent combien la volonté a

1589 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. II, Sirey 1922, n° 371 sqq., spéc. n° 374. Voir également A. PAYNOT-ROUVILLOIS, article précité.

1590 R. CARRÉ DE MALBERG, op. cit., n° 373.

1591 R. CARRÉ DE MALBERG, op. cit., n° 374.

1592 Ibid.

1593 R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 591 sq.

1594 En ce sens : A. PAYNOT-ROUVILLOIS, article précité.

1595 R. CARRÉ DE MALBERG, op. cit., n° 371 sqq.

1596 Sur ce changement : A. PAYNOT-ROUVILLOIS, article précité.

1597 J. DABIN, op. cit., p. 140.

1598 Voir J. DABIN, op. cit., p. 141.

1599 G. WICKER, thèse précitée, spéc. n° 69.

1600 En ce sens : G. WICKER, thèse précitée, n° 67. Voir également A. LÉGAL, J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, son organisation et ses effets dans les associations, syndicats, sociétés, entreprises, professions. Etude de sociologie juridique*, Sirey 1938, p. 19, qui envisage la volonté de l'organe comme une volonté fonctionnelle et non plus comme une volonté

perdu de son caractère sacré dans notre droit contemporain. Cette doctrine est convainquante également en ce qu'elle permet d'attribuer une volonté à une organisation qui naturellement n'en a pas. La volonté apparaît alors impuissante à fonder une théorie de la personnalité morale. Elle suppose nécessairement une reconnaissance préalable de l'existence juridique de la personne morale à laquelle on peut alors imputer une volonté juridique. Logiquement et chronologiquement, la question de la volonté ne peut intervenir dans cette théorie que postérieurement à celle de la personnalité morale. La notion de volonté collective ne peut donc être pour des raisons logiques le fondement de la personnalité morale.

516 **Conclusion.** Il est impossible de faire de la volonté un élément essentiel du droit subjectif dès lors que l'infans et l'aliéné sont sujets de droit¹⁶⁰¹. L'idée d'une volonté virtuelle ou celle d'une volonté de l'ordre juridique, et non plus du sujet¹⁶⁰², ne sont guère recevables. Elles contredisent directement l'idée initiale selon laquelle le droit subjectif est un pouvoir de volonté. De plus l'idée, de volonté virtuelle ne vaudrait que pour l'infans dont la volonté peut se développer pour arriver à maturité, mais ne peut expliquer la situation de l'aliéné¹⁶⁰³. La critique atteint aussi bien les doctrines du droit subjectif-volonté que les théories mixtes, dans la mesure où ces dernières n'ont pas su abandonner toute référence à la volonté comme élément du droit subjectif. Théoriquement peu convaincantes, ces conceptions ne rendent pas compte des solutions du droit positif.

B) L'inexistence de la volonté collective en droit positif

517 La démonstration de l'absence de toute volonté propre réelle de la personne morale résulte de l'étude de la responsabilité civile et pénale des personnes morales (1). Elle conduit cependant également à reconnaître l'existence d'une volonté d'emprunt qui permet en particulier la répression pénale. La notion d'organe qui a souvent été invoquée pour fonder ses solutions doit à cette occasion être soumise à la critique (2). Une conception technique dénuée d'anthropomorphisme se dégage ainsi de l'étude du droit positif.

1) Responsabilité et volonté

représentative.

1601 En ce sens : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 321.

1602 La volonté ne serait plus celle du sujet de droit mais celle de l'ordre juridique. Sur ces arguments et leur critique : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 322 ; J. DABIN, op. cit., p. 56 sqq.

1603 En ce sens : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 322.

518 ***Societas deliquere non potest.*** La responsabilité pénale des personnes morales n'est pas une nouveauté en droit français. L'ancien droit la connaissait et l'ordonnance criminelle de 1670 contenait un titre relatif à la possibilité « de faire le procès aux communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies »¹⁶⁰⁴. Sous le Code pénal napoléonien les condamnations de personnes morales ont été peu nombreuses¹⁶⁰⁵. La responsabilité pénale des personnes morales était exclue sauf disposition de la loi : *Societas deliquere non potest*¹⁶⁰⁶. Il ne s'agissait pas d'une immunité à l'origine mais seulement de la conséquence de « la plus énergique des mesures de sûreté, l'interdiction de naître »¹⁶⁰⁷ qu'avait fulminée la Révolution contre les groupements de personnes. L'admission puis le développement des personnes morales ont généré un paradoxe que ne contenait pas la législation initiale. L'affaire de *L'illustration sous l'occupation allemande* fournit tout de même un exemple de condamnation d'une société, entreprise de presse condamnée pour fait de collaboration en 1949¹⁶⁰⁸. La question a été très discutée tant par la doctrine pénaliste que par les théoriciens de la personnalité morale ; tant par les auteurs français que par la doctrine étrangère. Dès sa première année de parution, la Revue internationale de droit pénal a contenu un article sur ce thème¹⁶⁰⁹. En 1929, le congrès de Bucarest était consacré en grande partie à la responsabilité pénale des personnes morales¹⁶¹⁰. Les plus grands auteurs se sont prononcés sur la question. Michoud admet ainsi la responsabilité pénale des personnes morales mais juge cependant qu'elle doit rester

1604 Voir l'ordonnance criminelle d'août 1670, *Recueil des anciennes lois françaises*, par ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, Belin-Leprieur et Verdière 1829, spéc. p. 413 sq. L'ordonnance permettait aussi de poursuivre un cadavre ou la mémoire d'un défunt (ibid., p. 414 sq.).

1605 Crim., 24 décembre 1864, S. 1866.1.454 ; Crim., 18 février 1927, S. 1928.1.291 ; Paris, 21 décembre 1949, D. 1950.434, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

1606 Sur cet adage voir H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec 1999, n° 416.

1607 P. FAIVRE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, RSC. 1958.547.

1608 Paris, 21 décembre 1949, D. 1950.434, note H. DONNEDIEU DE VABRES, le cas était intéressant car la société a été condamnée alors que son dirigeant de droit avait été relaxé pour les mêmes faits. Elle a été condamnée en raison des agissements d'un dirigeant de fait.

1609 M. E. HACKER, *Les corporations et le problème de leur activité et responsabilité pénale*, RIDP. 1924.128, qui affirme que « la responsabilité des personnes morales des corporations sera un des problèmes les plus importants du droit pénal futur ». Aujourd'hui encore, la responsabilité des personnes morales n'est pas un principe commun aux législations européennes. Voir S. GEEROMS, *La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative*, RIDC. 1996.533.

1610 Congrès de Bucarest, RIDP. 1929.219. Voir en particulier les rapports de N. GUNSBURG et R. MOMMAERT (p. 219 sqq.) et de J.-A. ROUX (p. 239 sqq.).

exceptionnelle¹⁶¹¹. Mestre tendait à démontrer que la théorie de la fiction et celle de la responsabilité pénale des personnes morales sont incompatibles¹⁶¹². Il voulait démontrer que la personne morale est dotée d'une volonté propre qui peut être délictueuse¹⁶¹³. Hauriou estimait, quant à lui, qu'il était possible de retenir la responsabilité pénale des personnes morales¹⁶¹⁴. Il ne la concevait cependant qu'à la condition « que l'intention criminelle ne se trouve pas seulement chez les organes dirigeants, mais qu'elle soit partagée par tous les membres du groupe ou, du moins, par la très grande majorité »¹⁶¹⁵. Ce n'est pas la solution que le législateur a retenue lors de la réforme du Code pénal. Le problème de la responsabilité pénale des personnes morales présente un double aspect. On rencontre en effet des arguments tirés tant du droit pénal que de la théorie de la personnalité morale.

519 Du point de vue du droit pénal. La responsabilité pénale est une responsabilité personnelle¹⁶¹⁶. On a soutenu au début du siècle précédent, qu'en punissant des personnes morales, la sanction atteindrait des innocents¹⁶¹⁷. La responsabilité pénale des personnes morales deviendrait envisageable, à la rigueur, si tous les membres s'étaient rendus coupables du délit poursuivi ; ce qui est fort rare. Par ailleurs, il faut en principe un agent pour commettre matériellement l'acte répréhensible et être atteint par la sanction pénale¹⁶¹⁸. La responsabilité pénale des personnes morales porterait atteinte, soutenait-on alors, à la personnalité des peines¹⁶¹⁹. Ces obstacles sont-

1611 L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 282.

1612 A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse Paris, Rousseau 1899, p. 80 sq.

1613 A. MESTRE, thèse précitée, p. 136 sqq. Voir également R. VALEUR, *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américains avec les principaux arrêts faisant jurisprudence en la matière*, préf. H.-C. GUTTERIDGE, Giard 1931, n° 96.

1614 M. HAURIOU, *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, RTDCiv. 1923.331.

1615 M. HAURIOU, article précité, spéc. p. 339.

1616 Crim., 8 mars 1883, S. 1885.1.470, qui, au motif que « toute peine est personnelle », refuse de prononcer une peine d'amende contre une société commerciale.

1617 F. C. VON SAVIGNY, op. cit., t. II 1858, § 95 ; Congrès de Bucarest, RIDP. 1929.219, spéc. p. 239 sqq., Rapport J.-A. ROUX. L'argument est ancien puisqu'il a été avancé par Innocent IV : P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen âge latin*, Vrin 1970, p. 330 et p. 333.

1618 L'argument était lui aussi déjà connu des canonistes : P. MICHAUD-QUANTIN, op. cit., p. 333 sq.

1619 En ce sens : Rapport J.-A. ROUX, Congrès de Bucarest, RIDP. 1929.239 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, 3^{ème} éd., Sirey 1913, n° 259. Voir également Ed. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, thèse dactyl., Paris II 2000, n° 256 sqq.

ils insurmontables ? Les lois du 22 juillet 1992 n'ont pas été déférées au Conseil constitutionnel, de sorte que la question de leur constitutionnalité n'a pas été tranchée expressément. Une décision du Conseil constitutionnel n° 82-143 du 30 juillet 1982 permet cependant de penser que la responsabilité des personnes morales est certainement conforme à la Constitution¹⁶²⁰. Le Conseil constitutionnel a rejeté dans cette décision l'argumentation des requérants qui prétendaient que la loi déférée méconnaissait le principe selon lequel seules les personnes physiques peuvent être sanctionnées pénalement. Il affirme à cette occasion qu'« il n'existe aucun principe de valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale ». Par ailleurs on peut relever que bien souvent les membres innocents auront tout de même profité du délit commis pour le compte de la personne morale. Il n'est donc pas absurde de leur faire supporter une part de la responsabilité. Cette part sera d'ordinaire de nature pécuniaire. Cela est d'autant moins choquant que les innocents et les coupables ne sont pas traités pour autant de la même façon. En effet, si des membres ont personnellement contribué à la réalisation de l'acte délictueux, ils seront responsables personnellement et non seulement en leur qualité d'organe ou de représentant¹⁶²¹.

520 Du point de vue de la théorie de la personnalité morale : l'imputation de la volonté de l'organe en droit pénal positif. L'absence de volonté propre à la personne morale et le principe de spécialité ont pu faire obstacle à l'admission de sa responsabilité pénale¹⁶²². Le premier aspect retiendra l'attention bien plus longuement que le second dans la mesure où il est davantage porteur d'enseignements relatifs à la personnalité morale. L'existence du principe de spécialité a été interprétée comme une limitation de la personnalité morale. Selon cette opinion, en dehors de sa spécialité une personne morale n'aurait aucune existence. Elle ne pourrait donc commettre aucune infraction car elle ne peut avoir pour but une activité illicite. Selon une autre formulation la personne morale n'a pas

1620 Décision 82-143 DC, du 30 juillet 1982, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^{ème} éd., Dalloz 1997, n° 33, p. 524. Voir également N. MOLFESSIS, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. priv. n° 287, LGDJ 1997, n° 435 sqq.

1621 Voir R. VALEUR, thèse précitée, n° 101 sq. La réforme de 2000 n'a pas modifié cette solution dans son principe.

1622 Voir F. C. VON SAVIGNY, op. cit., t. II 1858, §95 ; On peut en rapprocher l'argument opposé par Hostiensis à Innocent IV : P. MICHAUD-QUANTIN, op. cit., p. 335. Hostiensis insistait sur la spécificité de l'action collective : si l'*universitas* forme un corps elle n'a pas d'âme. Elle ne peut donc subir aucune peine spirituelle.

de volonté en dehors de sa spécialité¹⁶²³. Elle ne peut donc avoir d'intention délictueuse ; celle-ci ne saurait être que l'attribut de personnes physiques. Cet argument n'est pas recevable dès lors que la spécialité apparaît comme une limite à la seule capacité et non à la personnalité elle-même¹⁶²⁴. Il conduirait par ailleurs à des conséquences inadmissibles. Si la personne morale ne peut avoir de volonté contraire au droit, elle ne pourrait pas davantage commettre de délit civil que de délit pénal¹⁶²⁵. Le problème essentiel est celui de l'imputation de l'acte à la personne morale c'est-à-dire en définitive celui de l'imputation de la volonté délictuelle à la personne morale. S'il semble impossible en théorie d'identifier une volonté propre de la personne morale, il faut encore confirmer cette proposition au regard du droit positif tout en justifiant l'existence d'une responsabilité pénale.

521 L'admission de la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal depuis 1992-1994 conduit-elle à reconnaître une volonté réelle, propre à la personne morale et distincte de celle de ses membres ? Le débat n'est pas nouveau. Rejetée par la théorie de la fiction¹⁶²⁶, mais admise par la théorie de la réalité¹⁶²⁷, la théorie de la volonté réelle conduit à une admission large de la responsabilité pénale des personnes morales. La théorie de la volonté juridique aboutit à des solutions plus mesurées¹⁶²⁸. Il n'existe cependant aucun lien nécessaire entre le choix d'une théorie de la personnalité morale et la reconnaissance de sa responsabilité pénale¹⁶²⁹. La loi intervient-elle pour consacrer l'existence d'une volonté réelle, comme le soutiennent les tenants de la réalité, ou bien consacre-t-elle seulement une fiction efficace, comme le soutiennent les défenseurs de la thèse adverse ? Ici comme ailleurs, ni la réalité, ni la fiction, ni aucune de leurs variantes ne permettent de trancher la

1623 Sur cet argument et sa critique : R. VALEUR, thèse précitée, n° 97.

1624 Voir ci-dessous, n° 749. Savigny lui-même n'était pas convaincu par l'argument : F. C. VON SAVIGNY, *ibid.*

1625 Voir R. VALEUR, thèse précitée, n° 98. Il faudrait alors soutenir que la solution de l'article 489-2 du Code civil peut être transposée à une absence totale de volonté, et que ce texte est applicable aux personnes morales. Cette extension audacieuse du texte n'est cependant guère envisagée.

1626 Voir R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, 3^{ème} éd., Sirey 1913, n° 257 sqq.

1627 Voir A. MESTRE, thèse précitée, p. 136 sqq.

1628 Voir L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 281 sq.

1629 Voir en ce sens : Congrès de Bucarest, précité, Rapport de N. GUNSBURG et R. MOMMAERT p. 219 sqq., spéc. p. 228 ; M. E. HACKER, *Les corporations et le problème de leur activité et responsabilité pénale*, RIDP. 1924.128. En sens contraire : H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, RIDP. 1950.339 ; M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ?*, article précité, spéc. p. 37 sqq.

question¹⁶³⁰. Seule la théorie négatrice de la personnalité morale implique nécessairement le rejet de la responsabilité pénale de personnes qui n'existent pas¹⁶³¹. Si les auteurs se sont répartis de manière homogène suivant le clivage traditionnel, il faut malgré tout affirmer qu'il n'y avait là aucune nécessité d'ordre théorique. Pour cette raison, il est indispensable à nouveau de répudier les termes classiques de la controverse qui opposait réalité et fiction pour limiter l'étude au droit positif. C'est par l'étude du droit positif que l'on tirera des enseignements sur la nature de la personnalité morale et non le contraire.

522 La responsabilité de la personne morale ne peut être engagée qu'en raison d'un acte de son organe ou de son représentant¹⁶³². Il n'est pas nécessaire d'établir que l'infraction a été décidée à la suite d'une délibération de la personne morale¹⁶³³. Il n'est pas exigé non plus que la culpabilité de l'organe soit déclarée¹⁶³⁴. La personne physique, organe ou représentant, n'est pas identifiée dans tous les cas¹⁶³⁵. Le Code pénal de 1992 ne reprend pas sur ce point la proposition de l'avant projet de 1976-1978 qui visait les groupements et non seulement les personnes morales¹⁶³⁶. Ils devaient répondre des infractions commises par la volonté délibérée de leurs organes, en leur nom et dans l'intérêt collectif. La solution est sage qui donne à la réforme toute sa portée. Il aurait été trop aisé aux dirigeants d'éviter toute délibération démontrant une intention sociale délictuelle. La solution contraire aurait également interdit la poursuite des

1630 En sens contraire : V. SIMONART, *La Personnalité Morale en droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant, Bruxelles 1995, n° 294.

1631 M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, LGDJ 1919, n° 1033 sqq. Encore faut-il constater que Vareilles-Sommières est obligé de construire un système fort complexe pour éviter les conséquences regrettables de son principe.

1632 Crim. 14 décembre 1999 et Crim., 18 janvier 2000, B. Crim. n° 306 (première espèce) ; B. Crim. n° 28 (seconde espèce) ; RTDCom. 2000.737, obs. B. BOULOC ; JCP. 2000, II, 10395, note Fr. DEBOVE (seconde espèce) ; PA. 26 octobre 2000, n° 214, p. 18, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD.

1633 Voir C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales (nouveau code pénal)*, RTDCom. 1994.441. Voir cependant R. VALEUR, thèse précitée, n° 98.

1634 Fr. DESPORTES, Fr. LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., 2000, n° 604-2.

1635 Fr. DESPORTES, Fr. LE GUNEHEC, op. cit., n° 604-3.

1636 Voir J. PRADEL, *L'avant-projet de révision du Code pénal (partie générale)*, D. 1977, Chr. 115, spéc. n° 4 sqq. ; G. VÉNANDET, *La responsabilité pénale des personnes morales dans l'avant projet de Code pénal*, RTDCom. 1978.731, spéc. n° 17 sqq. et n° 38 sqq., la référence à l'intérêt collectif était conçue comme une garantie de la personnalité des peines ; D. MAYER, *Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptées par Michel Jeantin*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 291, spéc. p. 294.

infractions de négligence. Les juges du fond sont parfois tentés d'admettre la responsabilité de la personne morale pour des faits commis par de simples membres¹⁶³⁷. Dans une affaire où les membres d'une association de défense de l'environnement avaient pénétré sur le terrain d'une entreprise nucléaire, la personne morale a été déclarée responsable pénalement d'une violation de domicile. Les magistrats avaient relevé notamment que les membres de l'association avaient agi en revendiquant leur appartenance au groupement. Implicitement, la Cour d'appel a considéré que les membres représentaient l'association. Une telle interprétation prend trop de liberté avec le texte de l'article 121-2 du Code pénal. Elle est exagérément large et ne peut être retenue¹⁶³⁸.

523 L'acte délictueux doit non seulement être le fait d'un organe ou d'un représentant de la personne morale mais aussi être accompli pour le compte de la personne morale¹⁶³⁹. Le Code pénal n'exige pas expressément que l'infraction soit conforme à l'intérêt de la personne morale mais seulement qu'elle soit commise pour le compte de celle-ci (article 121-2 du Code pénal). Si l'on peut admettre facilement que les actes délictueux des dirigeants sont commis au profit de la personne morale¹⁶⁴⁰, il est exclu que la responsabilité pénale des personnes morale soit une responsabilité de plein droit, automatique¹⁶⁴¹. Cela conduirait à imputer systématiquement la responsabilité des actes délictueux du dirigeant à une personne qui peut être également victime. Il n'est guère davantage admissible que la responsabilité pénale de la personne morale soit écartée lorsque le dirigeant ou l'organe a agi en dehors de ses fonctions¹⁶⁴². La solution adoptée est donc nuancée. L'organe agit pour le compte de la personne morale dès lors que l'acte est accompli dans l'intérêt de celle-ci, même en dehors de ses pouvoirs, peu important la nature de l'intérêt en cause : matériel ou moral, actuel ou éventuel¹⁶⁴³. Il est donc impossible, au regard de ces quelques règles générales, d'affirmer que la loi a

1637 Voir Caen, 17 décembre 1997, Dr. Pén. 1998, Comm. 82, note M. VÉRON.

1638 Voir A. MARON, J.-H. ROBERT, *Cent personnes morales condamnées*, Dr. Pén. 1998, Chr. 28.

1639 Voir A. CŒURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 2^{ème} éd., Litec 2000, n° 367 sqq.

1640 Voir C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales (nouveau code pénal)*, RTDCom. 1994.441.

1641 Voir G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, V^{is} Personnalité morale, n° 85.

1642 Voir F. DESPORTES, *Le nouveau régime de la responsabilité des personnes morales*, JCP. 1993, I, 219, n° 18. La solution était déjà proposée en doctrine avant la réforme : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 3^{ème} éd., Cujas 1978, n° 581. L'opinion contraire est fondée sur une conception contestable de la spécialité.

1643 Voir J. PRADEL, *Le nouveau code pénal (partie générale)*, ALD. 1993.163, spéc. n° 55.

reconnu une volonté propre aux personnes morales. Elles illustrent, au contraire, la nécessaire médiation des personnes physiques. Cette observation conduit alors à poser la question de la nature exacte de la responsabilité pénale des personnes morales.

524 La responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité personnelle et non du fait d'autrui¹⁶⁴⁴. Il n'est pas nécessaire qu'une personne physique soit responsable pour que la personne morale soit poursuivie même si cela sera souvent le cas¹⁶⁴⁵. Lorsque la personne morale et son dirigeant sont poursuivis pour les mêmes faits, ou pour des faits connexes, un mandataire de justice peut être nommé¹⁶⁴⁶. La responsabilité des personnes morales est une responsabilité du fait personnel par représentation et non par substitution : les dirigeants « expriment sur le plan juridique la volonté même » de la personne morale¹⁶⁴⁷. Elle apparaît cependant nécessairement comme une responsabilité « par ricochet », « subséquente » ou encore d'emprunt selon Messieurs Desportes et Le Gunehec¹⁶⁴⁸. Il n'existe pas d'infraction pour laquelle seule la responsabilité de la personne morale serait engagée. Ce constat renforce le lien entre la responsabilité de la personne morale et l'acte d'une personne physique. Comment alors régler les rapports entre la responsabilité de l'organe et celle de l'organisation ?

525 Deux conceptions se sont opposées pour régler la question. Des juridictions de première instance ont, dans les premiers temps d'application de la loi nouvelle, jugé que la faute des organes constituait une faute de service qui engage uniquement la responsabilité de la personne morale¹⁶⁴⁹. Il s'agit d'une transposition du raisonnement élaboré en droit administratif pour les personnes publiques¹⁶⁵⁰. Le tribunal des conflits admet cependant que la faute de

1644 L'article 121-1 du Code pénal s'oppose à toute responsabilité du fait d'autrui. Sur l'autonomie de la responsabilité de la personne morale : Lyon, 3 juin 1998, Dr. Pén. 1998, Comm. 118, note J.-H. ROBERT ; RJDA 11/98, n° 1227 ; N. RONTCHEVSKY, *Les conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales à la lumière de la jurisprudence récente*, RJDA. 3/98, p. 175. Voir cependant G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 85.

1645 La responsabilité personnelle des dirigeants aura d'ailleurs pour effet de « modérer leur activité criminelle ». Voir R. VALEUR, thèse précitée, n° 102.

1646 Article 706-43 du Code de procédure pénale. Voir également Crim., 9 décembre 1997, Dr. Pén. 1998, Comm. 60, note A. MARON ; D. 1998.296, note B. BOULOC. La nomination d'un mandataire est devenue facultative depuis la loi du 10 juillet 2000.

1647 Lyon, 3 juin 1998, Dr. Pén. 1998, Comm. 118, J.-H. ROBERT ; RJDA 11/98, n° 1227.

1648 Fr. DESPORTES, Fr. LE GUNEHEC, op. cit., n° 600. L'idée avait déjà été soutenue par Donnedieu de Vabres : H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, RIDP. 1950.339.

1649 Sur ce courant : A. MARON, J.-H. ROBERT, article précité, Dr. Pén. 1998, Chr. 28.

1650 Voir A. MARON, J.-H. ROBERT, *ibid.*

service n'exclut pas la responsabilité personnelle de son auteur¹⁶⁵¹. La position de la Cour de cassation semble être différente. Au regard des premières applications jurisprudentielles, la situation n'est pas identique selon que le délit est intentionnel ou non¹⁶⁵². Il y aura imputabilité des faits à une personne physique si l'infraction est intentionnelle alors que le rattachement au comportement d'une personne physique n'est pas indispensable si l'infraction est non intentionnelle. Monsieur Wicker préfère soutenir l'idée que l'infraction doit être « la conséquence des conditions d'exercice de son activité »¹⁶⁵³. L'idée de politique infractionnelle de la personne morale a été avancée également par Madame Ducouloux-Favard¹⁶⁵⁴. Il existe des individus vicieux, mais il existe également des organisations vicieuses, des organisations criminelles¹⁶⁵⁵, et la responsabilité pénale des personnes morales doit permettre de sanctionner une politique sociale criminogène. Si la substance de la personnalité morale réside non seulement dans un intérêt immanent, mais aussi dans une organisation pour promouvoir cet intérêt, alors il est évident que pour un certain nombre d'infractions la volonté d'une personne physique pourra être suppléée par l'organisation elle-même¹⁶⁵⁶. Le fonctionnement de l'organisation devra être considéré comme criminel tout autant que la volonté d'une personne physique. Sans cela, il serait aisé d'échapper à toute responsabilité par la création d'une organisation complexe rendant impossible l'identification des organes ou représentants responsables. En réalité, toutes ces propositions sont très proches en matière d'infractions non intentionnelles : elles conduisent à reconnaître que la personne morale peut personnellement être en faute de par son organisation¹⁶⁵⁷. Quant aux

1651 TC., 14 janvier 1935, S. 1935.3.17, note R. ALIBERT.

1652 En ce sens : G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 80. Dans l'avant projet de 1978 la responsabilité pénale des personnes morales était écartée en matière de délits non intentionnels : G. VÉNADET, *La responsabilité pénale des personnes morales dans l'avant projet de Code pénal*, RTDCom. 1978.731, n° 33.

1653 En ce sens : G. WICKER, article précité, n° 85 ; Voir A. CŒURET, E. FORTIS, op. cit., n° 371 sqq. Sur la négligence : P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives*, thèse dactyl., Lille II 1988, spéc. p. 549 sqq., pour les rapports avec la théorie de la personnalité morale.

1654 Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, D. 1998, Chr. 395.

1655 Voir J.-H. ROBERT, note sous Lyon, 3 juin 1998, Dr. Pén. 1998, Comm. 118 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, article précité.

1656 Crim., 24 octobre 2000, B. Crim., n° 308 ; RS. 2001.119, note B. BOULOC ; JCP. 2001, II, 10535, note M. DAURY-FAUVEAU ; JCP. 2001, I, p. 945, obs. E. FORTIS ; Dr. Pén. 2001, Comm. 29, note M. VÉRON.

1657 Sur l'idée de faute personnelle de la personne morale : M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité des personnes morales dans le nouveau Code pénal français*, PA. 11décembre 1996, n° 149, p. 18. Comparer avec Cass. Belgique, 19 octobre 1995, Revue critique de jurisprudence belge 1995.229, note A. DE NAUW,

infractions intentionnelles, il semble bien que la jurisprudence ne se contente pas d'une organisation criminogène pour retenir la responsabilité de la personne morale. Elle tend à rechercher l'intention chez l'organe qui a matériellement commis l'infraction. La Cour de cassation a cassé ainsi le 2 décembre 1997, un arrêt qui avait condamné une société au motif qu'elle ne pouvait ignorer le caractère mensonger des attestations produites dans un procès prud'homal¹⁶⁵⁸. En se décidant par de tels motifs, la Cour d'appel n'avait pas justifié sa décision au regard de l'article 121-2 du Code pénal car il lui appartenait de rechercher si le dirigeant de la société avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations. L'élément intentionnel n'avait pas été caractérisé par la Cour d'appel.

526 La Chambre criminelle a décidé également le 24 mai 2000 qu'a justifié sa décision au regard de l'article 121-2 du Code pénal, la Cour d'appel qui a déclaré l'infraction d'usage d'une fausse attestation caractérisée à l'encontre d'une société en relevant, d'une part, que le conseiller en ressources humaines a engagé cette société en procédant à un licenciement fondé sur une attestation faisant état de faits matériellement inexacts et contenant un faux intellectuel manifeste, d'autre part, que lors de la production de cette attestation devant le conseil des prud'hommes puis la Cour d'appel, la société savait utiliser, par les organes ayant pouvoir de l'engager, un document faisant état de faits matériellement inexacts et formellement contestés¹⁶⁵⁹. La Chambre criminelle a rappelé encore le 18 janvier 2000 que les personnes morales ne peuvent être déclarées responsables que s'il est établi qu'une infraction a été commise, pour leur compte, par leurs organes ou représentants¹⁶⁶⁰. Elle a cassé un arrêt qui n'avait pas recherché si les négligences, imprudences et manquements aux obligations de sécurité énoncés avaient été commis par des organes ou représentants de la personne morale¹⁶⁶¹. La comparaison de ces deux décisions permet de confirmer qu'il existe

qui admet qu'une personne morale peut engager sa responsabilité pénale sans qu'il soit nécessaire de désigner la personne physique par laquelle elle a agi. **ADDE SEUVIC...**

1658 Crim., 2 décembre 1997, JCP. 1998, II, 10023, rapport Fr. DESPORTES ; RJDA 3/98, n° 289 et N. RONTCHEVSKY, article précité, p. 175 ; D. Affaires 1998.432, obs. M. B.

1659 Crim., 24 mai 2000, B. Crim., n° 203.

1660 Crim., 18 janvier 2000, précité.

1661 La personne morale semble ne plus pouvoir invoquer les causes d'irresponsabilité que pourrait invoquer la personne physique qui a agi en son nom et pour son compte, depuis la réforme du 10 juillet 2000 : Fr. DESPORTES, Fr. LE GUNHEC, op. cit., n° 604-4.

une différence entre les infractions intentionnelles et les infractions non intentionnelles. Elle renforce l'observation de Monsieur Bouloc selon laquelle la responsabilité des personnes tend à se développer en droit pénal du travail où l'élément moral « n'a pas un contenu fort »¹⁶⁶². Le droit du travail fournit ainsi l'illustration, si ce n'est encore la démonstration, qu'une analyse non volontariste de la responsabilité pénale des personnes morales est possible. Cette analyse peut être rapprochée de celle, dite objective, proposée par Monsieur Cœuret¹⁶⁶³.

527 La loi du 10 juillet 2000 relative aux infractions involontaires a modifié l'article 121-3 du Code pénal pour alléger la responsabilité de certaines personnes physiques. Si l'on peut douter de la portée pratique de la réforme, elle n'en reste pas moins très significative¹⁶⁶⁴. Seules les personnes physiques bénéficient en effet de la loi nouvelle, ce qui peut conduire à une répression différente de la personne morale et de son dirigeant. La responsabilité de la personne physique et celle de la personne morale sont ainsi davantage distinguées. L'autonomie de la responsabilité pénale des personnes morales s'en trouve accrue. La responsabilité pénale des personnes physiques est réduite en matière d'infractions d'imprudence, alors que celle des personnes morales reste identique. La Chambre criminelle a approuvé récemment une Cour d'appel pour avoir relaxé deux personnes physiques mais elle a censuré la même décision qui avait également relaxé la société¹⁶⁶⁵. Elle indique ainsi parfaitement que la condamnation de la personne morale est possible à raison de faits de son organe sans que celui-ci soit pour autant responsable pénalement. Il reste cependant possible de poursuivre le dirigeant sur le terrain de la responsabilité civile. La loi nouvelle fait ainsi apparaître une différence surprenante entre la faute civile et la faute pénale. Les infractions d'imprudence révèlent en définitive l'autonomie de la responsabilité de la personne morale par rapport à celle de ses

1662 B. BOULOC, obs. sous Crim. 14 décembre 1999 et Crim., 18 janvier 2000, RTDCom. 2000.737.

1663 A. CŒURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC. 1992.481 ; du même auteur, *La nouvelle donne en matière de responsabilité*, D. Soc. 1994.627. L'auteur développe l'idée d'une faute lucrative ; la faute de l'organe a permis à la personne morale de réaliser un profit.

1664 Voir notamment P. MORVAN, *L'impuissance du législateur à endiguer la responsabilité pénale en matière d'infractions involontaires (première application de la loi du 10 juillet 2000 par la Cour de cassation)*, D. Soc. 2000.1075 ; Y. MAYAUD, *Les violences non intentionnelles après la loi du 10 juillet 2000*, RSC. 2001.156.

1665 Crim., 24 octobre 2000, précité.

dirigeants tout en illustrant sur un point particulier le particularisme de la volonté criminelle de la personne morale¹⁶⁶⁶.

528 La jurisprudence ancienne avait déjà eu l'intuition de cette distinction entre infractions intentionnelles et infractions non intentionnelles. Elle admettait par exception au principe d'irresponsabilité des personnes morales qu'elles pouvaient être poursuivies en présence d'une faute contraventionnelle¹⁶⁶⁷. Une telle infraction ne suppose pas d'intention criminelle mais uniquement la méconnaissance d'une disposition légale. La catégorie n'accueille aujourd'hui qu'un nombre limité d'infractions depuis que l'article 121-3 du Code pénal dispose qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Aujourd'hui les infractions non intentionnelles, dites matérielles, autres que les contraventions, sont devenues des infractions d'imprudence, ce qui tend à confirmer la validité de la distinction proposée. La personne morale n'avait pas de volonté propre, ni d'emprunt, elle ne pouvait donc pas commettre d'infraction volontaire. Aujourd'hui qu'elle est dotée d'une volonté d'emprunt dans la mesure où la volonté de ses organes lui est imputée directement, l'obstacle a disparu. Mais il reste que la personne morale n'a toujours pas de volonté propre. La responsabilité pénale des personnes morales fait ressortir l'absence de volonté propre de la personne morale. Lorsqu'il est exigé, l'élément intentionnel est recherché chez les organes de la personne morale. Lorsqu'il est affaibli ou lorsqu'il n'est pas nécessaire, l'organisation criminogène suffit à constituer l'infraction.

1666 Voir E. FORTIS, obs. sous Crim., 24 octobre 2000, JCP. 2001, I, p. 945, qui relève que la réforme du 10 juillet 2000 pourrait conduire à l'autonomie de la responsabilité pénale des personnes morales. Contrairement à ce que semblait affirmer l'article 121-2 du Code pénal, la responsabilité pénale d'une personne morale peut être engagée aujourd'hui en l'absence d'infraction *commise* par une personne physique, dans la mesure où celle-ci sera relaxée si elle n'a pas violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, ni commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer.

1667 Crim., 24 décembre 1864, S. 1866.1.454. D'autres arrêts se sont prononcés en ce sens en précisant cependant parfois que la sanction est moins une peine que la réparation du préjudice causé à l'Etat : Crim., 18 février 1927, S. 1928.1.291, en matière fiscale. On emploie aussi la notion de d'infraction matérielle mais elle est ambiguë car elle désigne également une catégorie d'infraction qui supposent un résultat. L'infraction matérielle s'oppose alors à l'infraction formelle qui ne suppose aucun résultat, tel l'empoisonnement. Ces arrêts étaient cependant considérés comme dépassés en 1958 : P. FAIVRE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, RSC. 1958.547, spéc. p. 553. Voir également depuis le nouveau Code pénal : A. BRUNET, *Infractions matérielles et responsabilité pénale dans l'entreprise*, PA. 11 décembre 1996, n° 149, p. 27.

529 **Responsabilité civile.** Les personnes morales sont indiscutablement responsables des dommages qu'elles ont causés tant au plan contractuel qu'au plan délictuel¹⁶⁶⁸. Elles peuvent commettre des délits civils et non seulement des quasi-délits. Cette proposition implique que la personne morale puisse commettre une infraction pénale. En effet, si la personne morale ne pouvait emprunter la volonté de son organe, elle ne pourrait pas plus commettre de délit civil que de délit pénal¹⁶⁶⁹. La même tendance à attribuer directement la volonté des dirigeants à la personne morale se trouve dans la responsabilité civile. La comparaison avec la jurisprudence relative à la faute séparable en droit des sociétés est également instructive. Une jurisprudence récente ne retient la responsabilité personnelle des dirigeants que lorsque le demandeur a établi que le dirigeant en cause a commis une faute « séparable de ses fonctions de gérant [qui] lui soit imputable personnellement »¹⁶⁷⁰. Cette jurisprudence est jugée en harmonie avec la théorie de la réalité par Monsieur Hallouin car le comportement des dirigeants « est directement le comportement de la société »¹⁶⁷¹. Sans tirer de conséquences au regard du débat dépassé entre la réalité et la fiction, on ne peut que constater l'imputation directe des faits commis par le dirigeant à la personne morale. Il ne s'agit pas d'une responsabilité du fait d'autrui : la faute du dirigeant est celle de la personne morale¹⁶⁷². Ces solutions sont valables que l'on admette ou que l'on rejette la théorie de l'organe.

2) Organe et volonté

1668 Voir R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. III, Rousseau 1923, n° 344 (qui fait appel à l'idée de garantie) ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. M. PICARD, Rodstein 1947, p. 250 sqq. ; H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, t. II, 5^{ème} éd., Montchrestien 1958, n° 1982 sqq. ; M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ?*, article précité, spécialement p. 36. Sur la responsabilité des associations : G. CHABOT, *Réflexions sur la responsabilité civile de l'association et de ses dirigeants*, Def. 1999, art. 37015.

1669 Voir M. LORNE, *La responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants*, thèse Paris, Sirey 1910, p. 84 sqq. ; R. VALEUR, thèse précitée, n° 98 ; B. STARCK, thèse précitée, p. 255. Savigny n'a pas été arrêté par la contradiction : F. C. VON SAVIGNY, op. cit., t. II 1858, § 95.

1670 Com., 27 janvier 1998, D. 1998, Somm. 392, obs. J.-C. HALLOUIN ; B. Joly 1998.535, note P. LE CANNU ; Dr. Soc. 1998, Comm. 46, note D. VIDAL.

1671 J.-C. HALLOUIN, obs. sous Com., 27 janvier 1998, Com., 27 janvier 1998, précité. L'affirmation pourrait être contestée dans la mesure où l'absorption de la personnalité physique relève tout autant de la logique de la fiction que de celle de la réalité. Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 340 sqq.

1672 En ce sens : J.-C. HALLOUIN, obs. sous Com., 27 janvier 1998, Com., 27 janvier 1998, précité.

530 **Organe ou représentant ?** Il existe un débat aussi classique que celui qui oppose la réalité et la fiction et qui est certainement aussi vain. Il s'agit de la controverse relative au fondement et à la nature du pouvoir des personnes qui agissent pour le compte de la personne morale. La qualification de mandat semble exclue en l'absence de toute volonté propre de la personne morale¹⁶⁷³. La notion de représentation légale semble plus réaliste car elle permet précisément de passer outre l'absence de volonté de la personne morale¹⁶⁷⁴. Elle est cependant apparue insuffisante dans la mesure où elle suppose une distinction nette entre le représentant et le représenté. Cette distinction est apparue difficile à certains auteurs¹⁶⁷⁵ qui ont préféré recourir à une théorie indépendante de la notion de représentation¹⁶⁷⁶ : la théorie de l'organe.

531 En réalité, ce débat apparaît assez vain si l'on abandonne le terrain de la pure théorie juridique pour celui, plus sûr, du droit positif. La théorie classique de la représentation est certainement trop étroite ainsi que l'a démontré Monsieur Philippe Didier dans sa thèse¹⁶⁷⁷. Impuissante à rendre compte de solutions qui dépassaient son cadre théorique, la doctrine a dû construire une nouvelle notion plutôt que de remettre en cause son champ de recherche habituel. Le droit positif ne distingue guère représentant et organe¹⁶⁷⁸ et la différence apparaît purement verbale¹⁶⁷⁹. Les solutions jugées déroatoires au droit commun du mandat se retrouvent en réalité en présence de mandat. Il n'est pas exact que seul un organe engage la personne morale par sa faute délictuelle. Un mandataire peut engager son mandant lorsqu'il cause un préjudice à un tiers dans l'exécution de

1673 En ce sens : R. CARRÉ DE MALBERG, op. cit., n° 344 sqq. Voir cependant : Civ. I, 5 février 1991, BC., I, n° 45 ; RS. 1991.773, note D. RANDOUX.

1674 Voir notamment G. MADRAY, *De la représentation en droit privé. Théorie et pratique*, Sirey 1931, p. 50 sqq.

1675 Voir P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. DURAND, Imprimerie Moderne 1950, p. 310. Voir également Nancy, 19 juillet 1946, D. 1947.525, note A. C., qui refuse la personnalité morale au Conseil d'administration.

1676 En ce sens : P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 310 sqq. Voir cependant G. MADRAY, thèse précitée, p. 194.

1677 Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, notamment n° 322, sur l'absence de consécration de la théorie de l'organe en droit positif. Voir également : *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les personnes*, par G. GOUBEAUX, LGDJ 1989, n° 22, où Monsieur Goubeaux expose une opinion très nuancée.

1678 Voir cependant : Civ. I, 5 février 1991, RS. 1991.773, note D. RANDOUX. L'arrêt reste à ce jour isolé et peu significatif.

1679 Voir R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, préf. M. WALINE, Bibl. dr. Pub. n° 8, LGDJ 1957, n° 196.

son mandat¹⁶⁸⁰. La qualification d'organe ou de représentant légal ne conduit à aucune conséquence juridique que l'on ne pourrait atteindre par la voie du mandat ou, plus exactement, de la représentation en général. La cassation d'un arrêt qui avait qualifié le président d'une association de représentant légal, n'a aucune portée réelle¹⁶⁸¹. En effet, la qualification de représentant légal ne pouvait justifier le rejet de l'action en responsabilité que l'association avait dirigée contre son ancien président. On ne comprend pas ce qui dispenserait le représentant légal de rendre les comptes que le mandataire, comme l'organe, doit rendre à ceux qui l'ont nommé. Cela démontre que les solutions attachées à la notion d'organe ou de représentation légale ne sont pas déroatoires et doivent être intégrées dans une théorie plus compréhensive de la représentation. Cette question est liée à l'importance des actes juridiques dans la vie des personnes morales. Il ne faut pas oublier qu'elles existent même en dehors de toute activité contractuelle¹⁶⁸². Penser que la personne morale n'existe que lorsqu'elle accomplit des actes juridiques conduit à une conception étroite du concept. Inversement, appréhender l'ensemble de l'activité de la personne morale conduit souvent à une révision des concepts traditionnels.

532 Le débat a été particulièrement développé en matière de responsabilité délictuelle. Certains arrêts fondent la responsabilité de la société pour des faits de son dirigeant sur l'idée de préposition. Le dirigeant serait le préposé de la société qui serait son commettant¹⁶⁸³. Cette opinion est cependant irrecevable car il y a incompatibilité entre les qualités de dirigeant et de préposé. Le premier détient l'autorité que le second subit¹⁶⁸⁴. D'autres décisions affirment que la personne morale engage sa propre responsabilité : en particulier un arrêt de la

1680 Req., 30 juillet 1895, DP. 1896.1.132.

1681 Civ.I, 5 février 1991, RS. 1991.773, note D. RANDOUX.

1682 Voir L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 63, spéc. p. 142, qui relevait que la personne morale, c'est le groupe organisé et qu'elle peut exister en dehors de l'action de ses organes qui ont cependant le monopole des actes juridiques. Voir également R. CLÉMENS, thèse précitée, p. 184, qui relève que, sous l'influence du volontarisme, on a restreint la notion d'organe aux seules personnes qui exercent une activité juridique au nom de la personne morale, c'est-à-dire à celles qui en expriment la volonté. Voir en matière de preuve : Soc., 11 mai 1999, JCP 2000, II, 10269, note C. PUIGELIER, qui casse pour violation de la loi un arrêt qui avait retenu comme moyen de preuve une attestation rédigée par le directeur général d'une société en faveur de la société, alors que nul ne peut se constituer de preuve à lui-même.

1683 Req., 30 juillet 1895, DP. 1896.1.132 : « la compagnie est d'autant plus responsable de ses préposés et mandataires, qui ont agi dans l'exercice de leurs fonctions et dans la limite de leurs pouvoirs, que connaissant leurs manœuvres dolosives, non seulement elle n'a pas protesté mais elle les a approuvées dans ses assemblées générales et en a profité ».

deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 17 juillet 1967 a été interprété comme la consécration jurisprudentielle de la théorie de l'organe¹⁶⁸⁵. Une société a été condamnée à réparer le dommage causé par le fait d'un des ses salariés, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Cette décision n'a sans doute pas la portée que lui prête une partie de la doctrine. En effet, l'auteur matériel de l'acte n'était pas un dirigeant mais un salarié. Le fait que l'acte du salarié imputé à la personne morale soit un acte matériel ne saurait, en revanche, être invoqué contre l'interprétation dominante dans la mesure où la théorie de l'organe a précisément pour objet d'étendre la responsabilité de la personne à des actes autres que purement juridiques. Elle suppose que la théorie de la représentation est impuissante à rendre compte de ces situations. Cette idée est fautive et c'est là sans doute que se trouve le défaut de la théorie de l'organe : elle critique à tort la théorie de la représentation car elle en a une conception trop étroite. Le cumul des responsabilités a été critiqué principalement en matière d'infraction pénale. Il a paru en particulier inacceptable qu'une même infraction soit punie deux fois. La solution a semblé également méconnaître la théorie de la représentation organique¹⁶⁸⁶. Si le fait de l'organe est imputé directement à la personne morale, il n'est plus le fait personnel de l'organe. Il est cependant excessif de faire peser sur la seule personne morale les conséquences de la faute de son dirigeant. Cette jurisprudence adopte une conception rigide de la volonté juridique et de l'organe qui devrait être corrigée. Il n'est en effet nullement nécessaire de faire disparaître l'organe derrière l'organisation¹⁶⁸⁷. L'analogie biologique serait alors poussée trop loin. Le droit pénal a démontré qu'il est possible d'imputer à deux

1684 Voir G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. TUNC, Bibl. dr. priv. n° 53, LGDJ 1965, n° 26 ; B. STARCK, thèse précitée, p. 251, qui relève également l'illogisme de la solution. A une époque où la personne morale était considérée comme une fiction et où la responsabilité du commettant était fondée sur une présomption de faute, il était étonnant de présumer la faute d'une personne fictive qui ne peut en commettre personnellement.

1685 Civ. II, 17 juillet 1967, BC., II, n°261 ; GP. 1967.2.235, note Ch. BLAEVOET ; RTDCiv. 1968.149, n° 4, obs. G. DURRY. En sens contraire : Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 322 ; P. HOANG, *La protection des tiers face aux associations. Contribution à la notion de « contrat-organisation »*, thèse dactyl., Paris II 2000, n° 364. Voir cependant P. DIDIER, *Esquisse de la notion d'entreprise*, in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Voirin*, LGDJ 1966, p. 209 sqq., spéc. p. 212, qui adopte une définition large de la notion d'organe.

1686 Voir A. BRUNET, article précité, qui invoque l'évolution de la responsabilité civile sur ce point.

1687 Voir H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, op. cit., t. II, n° 1988 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 340 sqq. ; G. VINEY, thèse précitée, n° 28. La Cour de cassation belge a jugé le contraire en 1955 : Cass. Belgique, 19 février 1955, *Revue critique de jurisprudence belge* 1955.295, note S. DAVID.

personnes différentes une même volonté. Il n'y a guère de raison qu'il en soit autrement en droit civil. L'analogie avec le droit administratif ne convainc guère davantage dans la mesure où la faute de service n'interdit pas le recours contre l'agent¹⁶⁸⁸. De plus il est abusif d'assimiler le dirigeant d'une société à un agent public. Le dirigeant détermine l'intérêt de la personne morale autant qu'il lui est soumis ; il a un rôle prépondérant au sein de l'organisation au contraire du fonctionnaire. Si l'on maintient la responsabilité personnelle de l'organe, il est vrai alors que la situation de l'organe ne diffère guère de celle du préposé. Une mise en cohérence avec la responsabilité pénale s'impose à l'évidence.

533 **Conclusion.** L'affirmation selon laquelle la responsabilité pénale que l'on pourrait retenir contre les personnes morales n'implique pas que ces dernières disposent d'une volonté propre est bien confirmée. L'anthropomorphisme dont font parfois preuve les juges du fond est tout de même surprenant alors que juridiquement la loi s'en éloigne beaucoup¹⁶⁸⁹. Personne distincte, la personne morale encourt une responsabilité distincte et autonome bien qu'elle n'ait pas de volonté réelle propre. Elle emprunte toujours celle de personnes physiques. L'impossibilité d'établir l'existence d'une volonté collective propre à la personne morale a conduit aux théories de la fiction voire aux théories négatrices de la personnalité morale¹⁶⁹⁰. Cette conclusion est nécessaire, à moins d'exclure la volonté de la définition du droit subjectif et par conséquent de la définition du sujet de droit. C'est le choix qui a été fait plus haut et qui se trouve ici confirmé. Dès lors que le droit subjectif peut être conçu sans référence à la volonté, il peut constituer un fondement, au moins partiel, d'une théorie juridique de la personnalité morale. Rien n'interdit de définir la personne morale comme un sujet de droits subjectifs. L'absence de volonté propre réelle n'est donc pas un handicap insurmontable pour engager la responsabilité des personnes morales, dès lors que le droit leur attribue une volonté juridique. Il ne s'agit pas d'une volonté naturelle, née spontanément du phénomène collectif mais d'une volonté imputée, attribuée par le droit à la personne morale. Il n'y a donc aucun anthropomorphisme, ni aucune fiction dans la responsabilité pénale des personnes morales. Il n'y a, en définitive, aucune fiction de faute, ni aucune fiction de volonté¹⁶⁹¹.

1688 TC., 14 janvier 1935, S. 1935.3.17, note R. ALIBERT.

1689 Voir A. MARON, J.-H. ROBERT, article précité, Chr. 22, qui rapportent quelques exemples anecdotiques.

1690 En ce sens : A. PAYNOT-ROUVILLOIS, article précité.

534 La méthode classique, qui lie droit subjectif et personnalité morale, reste donc valable si l'on n'exagère pas son caractère logique et nécessaire. Si une démarche subjective se justifie, elle doit être complétée par une recherche objective : celle de l'organisation qui permet la promotion de l'intérêt.

1691 La représentation ne peut être fondée sur une fiction depuis que des auteurs ont démontré que la conception traditionnelle était fondée sur une analyse insuffisante de l'acte juridique et sur une conception étroite de la représentation. Voir en particulier G. WICKER, thèse précitée, n° 67 sqq. ; Ph. DIDIER, thèse précitée, passim. Voir à propos du serment décisoire : Paris, 12 mars 1966, JCP. 1966, II, 14747, note J. A.

§ 2 L'organisation

535 Au sein des personnes morales, droits subjectifs et pouvoirs coexistent. Ainsi que l'a relevé Paul Roubier, « les fonctions des êtres collectifs, et les pouvoirs que leurs organes sont amenés à exercer ne suppriment aucunement les droits de propriété, mais introduisent seulement des rapports juridiques supplémentaires dans l'organisation de la propriété ; à coté du droit subjectif existant sur la tête de la personne morale, il y aura à régler les pouvoirs des organes de la collectivité dans les rapports de celle-ci avec les tiers, et encore les rapports particuliers entre la collectivité et ses membres »¹⁶⁹². Relever l'existence de pouvoirs au sein de la personne morale, c'est affirmer la nécessité d'une organisation pour en régler le jeu. Lorsque l'on traite d'organisation, on s'expose à un risque grave qu'il faut écarter dès le départ. Dire que la personne morale est fondée sur une organisation ne signifie pas nécessairement que l'on adopte les analogies biologiques des auteurs organicistes. Au contraire, on préfère employer *organisation* plutôt qu'*organisme* afin d'éviter tout rapprochement avec une doctrine dont on connaît les excès. En réalité, l'organisation est une opération et un fait. Dans un premier sens, elle est « l'opération par laquelle chacun devient organe, c'est-à-dire n'est plus lui-même dans la mesure de la qualité commune »¹⁶⁹³. Cela signifie en définitive que l'organisation est l'acte fondateur par lequel sont créés les organes de la personne morale¹⁶⁹⁴. Elle est également un fait en ce sens qu'une fois l'opération d'organisation achevée, elle laisse subsister un corps de règles privées, liées entre elles. Cet ensemble de normes, qui constitue un sous-système juridique, devient un fait dont l'existence s'impose et se développe dans le temps. L'organisation détermine les procédures et les compétences internes¹⁶⁹⁵.

536 **Organisation et institution.** Hauriou a adopté une démarche différente de celle qui lie droit subjectif et sujet de droit. Cette démarche classique est empreinte de subjectivisme. Celle de Maurice Hauriou est objective¹⁶⁹⁶. Il part de l'individualité objective pour atteindre la personnalité juridique¹⁶⁹⁷. Selon cet auteur, le centre de volonté, d'intérêt et de fonction se trouve non pas dans la

1692 P. ROUBIER, op. cit., n° 22, p. 189.

1693 R. CLÉMENTS, thèse précitée, p. 182.

1694 Voir G. DE LA PRADELLE, *L'homme juridique, essai de critique de droit privé*, Coll. critique du droit, François Maspéro PUG 1979, p. 117 sqq. et p. 139 sqq.

1695 Voir A. GHOZI, *La personne morale*, in *La personne en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas 1999, p. 109, n° 157.

1696 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., Sirey 1910, p. 639 sqq.

1697 Voir cependant R. CLÉMENTS, thèse précitée, p. 137.

personnalité juridique mais dans l'individualité objective¹⁶⁹⁸. La personnalité juridique « est un procédé de la technique juridique destiné à faciliter la vie de relations avec autrui, par la synthèse de ce qui est propre à chaque individu... elle suppose une individualité sous-jacente, qu'elle vient compléter en définissant ce qui lui est propre, mais qu'elle ne constitue pas entièrement »¹⁶⁹⁹. Selon Hauriou, la personnalité morale n'a pas d'organe ; seule l'individualité objective est dotée d'organes¹⁷⁰⁰. Georges Renard a également insisté sur l'importance de l'organisation. Dans son ouvrage principal, il a désigné l'institution comme une intimité organisée¹⁷⁰¹. C'est elle qui crée l'autorité au sein de l'institution¹⁷⁰².

537 On peut affirmer qu'à travers les formules obscures de la théorie de l'institution, ses défenseurs avaient l'intuition d'une distinction qui semble plus pertinente encore aujourd'hui qu'au début du XX^e siècle : celle de la personnalité morale et de l'organisation. En définitive certaines règles rattachées traditionnellement à la personnalité morale ne lui sont retenues par aucun lien nécessaire. Cela pourrait justifier de ne pas les étudier dans le cadre de la présente étude. Il semble cependant utile de saisir à travers deux exemples la justesse de la proposition que l'on vient de formuler. Par ailleurs, dans la mesure où la personnalité morale apparaîtra comme le moyen de rendre opposable à tous l'organisation qui lui est sous-jacente, il est impossible de négliger totalement ce point. Il est donc nécessaire d'étudier certaines règles d'organisation (I) afin de faire apparaître la distinction fondamentale de la personnalité morale et de l'organisation (II).

I Les règles d'organisation

538 **L'organisation des pouvoirs.** L'étude de l'organisation des pouvoirs est nécessaire si l'on veut comprendre l'essence du concept de personnalité morale même s'il est vrai que l'existence d'une organisation n'est pas propre à la personne morale. Les notions d'organisation et de pouvoir ne sont pas propres au droit qui les a empruntées à d'autres disciplines. La sociologie en particulier a développé des analyses approfondies dans ces domaines¹⁷⁰³.

1698 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., Sirey 1910, p. 646 sq.

1699 M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 101.

1700 M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 653 sq.

1701 G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1^{er} vol., *Partie juridique*, Sirey 1930, p. 310 sqq.

1702 Voir G. RENARD, *op. cit.*, p. 316 sqq.

1703 Voir M. CROZIER, E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, éd. du Seuil 1977, p. 64 sqq.

L'existence d'une représentation organisée n'est pas ignorée du droit et de la théorie juridique. L'organisation des pouvoirs au sein des sociétés civiles et commerciales a toujours été un enjeu fondamental. Dans la famille, on trouve l'idée de collaboration et de cogestion¹⁷⁰⁴ ; la solidarité entre époux fait de chacun d'eux des organes de la famille¹⁷⁰⁵. Les pouvoirs du gérant de l'indivision conventionnelle sont définis par renvoi au pouvoir des époux sur les biens communs¹⁷⁰⁶. La loi fait ainsi du gérant d'indivision conventionnelle un représentant légal de l'organisation. Il n'est pas un simple mandataire. En particulier, il représente en justice les indivisaires tant en demande qu'en défense et n'est tenu d'indiquer leur nom qu'à titre énonciatif¹⁷⁰⁷.

539 L'organisation des pouvoirs dans la personne morale conduit nécessairement à une modification des règles communes en matière de pouvoir. Ainsi l'admission de plus en plus étroite du mandat apparent s'impose-t-elle. Dès lors que la personnalité morale a rendu une organisation opposable à tous, les tiers ne sont plus admis à faire valoir une erreur légitime : ils ne pouvaient ignorer ni la répartition ni le contenu des pouvoirs au sein de la personne morale. La place réduite du mandat apparent en droit des sociétés est évidente depuis la réforme de 1966, qui instaure une véritable représentation légale de la personne morale¹⁷⁰⁸. En matière d'association, le mandat apparent a été appliqué encore récemment mais il n'est sans doute pas satisfaisant¹⁷⁰⁹. Monsieur Guyon se prononce en faveur d'une réforme législative afin d'adopter un système de représentation légale¹⁷¹⁰. La situation est quelque peu compliquée dans le syndicat des copropriétaires. Le syndic dispose parfois de pouvoirs légaux et d'autres fois de pouvoir accordés par l'assemblée. La constance des premiers conduit à écarter l'application du mandat apparent alors que la variabilité des seconds exige parfois de dispenser le tiers de vérifier

1704 Article 1421 du Code civil en matière de communauté. L'idée est présente en dehors du régime de la communauté. L'article 262-1 permet à un conjoint de demander au juge de faire remonter les effets du divorce à la date où les époux ont cessé de cohabiter et de collaborer.

1705 Article 220 du Code civil. La cogestion n'est pas uniquement patrimoniale, elle comprend l'éducation des enfants : article 213 du Code civil.

1706 Article 1873-6 du Code civil.

1707 Article 1873-6 du Code civil, qui déroge de cette façon à la règle selon laquelle nul ne plaide par procureur.

1708 Articles L. 225-35 et L. 225-51 du Code de commerce pour la SA.

1709 Civ. I, 14 février 1979, BC., I, n° 62 ; RTDCom. 1979.762, obs. E. ALFANDARIE et M. JEANTIN. Voir P. HOANG, thèse précitée, n° 309 sqq., sur l'amélioration du système de publicité des nominations de dirigeants dans les associations.

1710 Y. GUYON, *Le monde associatif. Rapport de synthèse présenté au 92^{ème} Congrès des notaires*, Def. 1996, art. 36431, n° 12.

les pouvoirs du syndic¹⁷¹¹. En droit des régimes matrimoniaux, le mandat apparent joue rarement¹⁷¹². Les pouvoirs sont organisés par les règles légales et/ou les conventions matrimoniales avec précision¹⁷¹³. Il n'est pas souhaitable de laisser trop de place au mandat apparent si l'on veut garantir le bon fonctionnement des pouvoirs au sein de la famille¹⁷¹⁴. De manière générale on peut relever un double mouvement en matière de mandat apparent. Son admission est dans un premier temps une étape vers une représentation légale. Mais lorsque la représentation légale est instituée, le mandat apparent recule pour ne pas la remettre en cause. L'application du mandat apparent conduit en définitive à nuancer la distinction de la représentation légale et de la représentation conventionnelle. Le contenu des pouvoirs du représentant est de moins en moins défini par la convention ; il ne dépend plus de l'origine de la représentation. La question des décisions collectives et celle du pouvoir disciplinaire sont les deux exemples choisis afin d'illustrer l'idée générale d'organisation.

A) Les décisions collectives

540 La finalité d'un certain nombre de règles d'organisation réside dans la prise de décisions. La variété des règles de prise de décision au sein des personnes morales s'explique par la diversité des organisations et non par une prétendue variabilité de la personnalité. Le principe majoritaire est sans conteste l'aspect le plus intéressant de la question. Dans les limites de la présente étude, il suffira de faire apparaître que la personnalité morale est impuissante à fonder en droit ce principe.

541 **Le principe majoritaire.** Il convient de rappeler immédiatement que le principe majoritaire n'est pas lié à la personnalité morale¹⁷¹⁵. Il se rencontre en dehors de la personnalité morale et toutes les personnes morales ne l'appliquent pas avec la même constance. La décision majoritaire est une manifestation de ce que l'on peut qualifier de réglementation de droit privé¹⁷¹⁶. Elle était

1711 Voir Civ. III, 23 mars 1999, LC. 1999, Comm. 170, note G. VIGNERON.

1712 Civ. III, 18 mars 1998, JCP. 1999, I, 183, obs. Ph. SIMLER.

1713 Voir notamment les articles 1415 (cautionnement) et 1421 sqq. du Code civil (et les tempéraments de l'article 1432, qui ne vise pas le mandat apparent) ; les présomptions des articles 221, 222 et surtout 215 du Code civil applicables à tous les régimes.

1714 Voir G. PAISANT, *J.-Cl. Civil*, articles 1421-1432, Fasc. 30, n° 27.

1715 Voir B. DONDÉRO, *Les groupements sans personnalité juridique en droit privé*, thèse dactyl., Paris X 2001, n° 7 sqq.

1716 Voir Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Bibl. dr. de l'entreprise n° 38, Litec 1998, notamment n° 62 sqq. et n° 89.

connue dans les sociétés de moulins à Toulouse dès le XIV^e siècle¹⁷¹⁷. L'histoire nous apprend que la règle de la majorité est née de l'unanimité¹⁷¹⁸. L'*unanimitas* avant d'être une forme d'organisation était une vertu proche de l'amitié¹⁷¹⁹. Elle reste en réalité l'idéal que l'on ne saurait jamais atteindre pour des raisons pratiques¹⁷²⁰.

542 Il est fort difficile de lui trouver un réel fondement juridique¹⁷²¹. L'idée d'une adhésion anticipée ou rétrospective à la décision de la majorité en tant qu'acte juridique n'est guère convaincante¹⁷²². Il est impossible de reconnaître l'existence d'un mandat donné par les minoritaires aux majoritaires de décider dans la mesure où les minoritaires ont clairement exprimé une volonté contraire à celle des majoritaires¹⁷²³. L'idée même d'un consentement donné par avance au contenu d'une décision dont les membres ignoraient tout est irrecevable. Il s'agirait en effet d'un consentement sans objet, sans cause, autant dire sans consistance¹⁷²⁴. On peut également relever avec Kelsen que « l'idée sous-jacente au principe majoritaire est que la volonté de l'ordre social soit en accord avec celle du plus grand nombre possible de sujets et en contradiction avec la volonté du plus petit nombre possible d'entre eux »¹⁷²⁵. Si l'on exige l'unanimité, la volonté d'un seul pourra « alors l'emporter sur la concordance entre la volonté de l'ordre et celle des sujets »¹⁷²⁶. On

1717 G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age*, Collection Affaires et Gens d'affaires, Armand Colin 1953, p. 299.

1718 P. MICHAUD-QUANTIN, op. cit., p. 271 sqq.

1719 P. MICHAUD-QUANTIN, op. cit., p. 272.

1720 Voir S. VAISSE, *La loi de la majorité dans la société anonyme (contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme)*, thèse dactyl., Paris 1967, p. 240 sqq., sur l'effectivité de la loi de la majorité dans les sociétés anonymes. L'auteur a constaté par une étude sociologique que presque toutes les décisions d'assemblée étaient prises à l'unanimité (des votants) d'une minorité (de présents). L'enquête devrait être reprise aujourd'hui sans doute en distinguant les sociétés cotées et les sociétés non cotées. En dehors des sociétés anonymes, chacun a pu lire les procès verbaux des assemblées de copropriété ou de divers conseil d'administration où toutes les décisions sont adoptées à l'unanimité voire parfois « à l'unanimité moins X voix contre ».

1721 Sur les fondements invoqués : X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 191 sqq. ; B. DONDÉRO, thèse précitée, n° 36 sqq. ; Ph. NEAU-LEDUC, thèse précitée, n° 90 sqq., lui donne un fondement volontaire : les membres ont consenti à l'avance aux décisions prises à la majorité. Ripert a critiqué cette théorie : G. RIPERT, *La loi de la majorité dans le droit privé*, in *Mélanges juridiques dédiés à M. Le professeur Sygyama*, Tokyo 1940, p. 351.

1722 Voir cependant, récemment : Ph. NEAU-LEDUC, thèse précitée, n° 90 sqq.

1723 Voir S. VAISSE, thèse précitée, p. 78 sqq., spéc. p. 92.

1724 En ce sens : G. RIPERT, *La loi de la majorité dans le droit privé*, article précité.

1725 H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 336 (l'ouvrage de Kelsen date de 1945).

1726 H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 336.

peut également affirmer que le principe majoritaire se justifie par son efficacité¹⁷²⁷. Cependant, là encore, cette opinion n'explique rien.

543 Il est probable que la validité d'une décision majoritaire relève davantage de la sociologie, de la psychologie ou de la politique juridique que de la science du droit. Le droit ne fonde pas la validité des normes juridiques qu'elles soient légales ou privées. On admettra cependant, à nouveau, qu'Hauriou avait sans doute eu une intuition juste lorsqu'il observait que l'adhésion ne portait pas en définitive sur un acte¹⁷²⁸. Elle aurait été purement fictive. L'adhésion intervient *a posteriori* et porte non sur la décision en tant qu'acte mais en tant que fait. Selon Maurice Hauriou, le principe majoritaire s'explique non pas par une hypothétique adhésion à la décision des majoritaires¹⁷²⁹, puisque les minoritaires ont voté contre au moment du scrutin, mais par « l'adhésion au fait accompli du moment que l'assemblée est passée à un autre objet de son ordre du jour »¹⁷³⁰. Un arrêt de la CJCE du 10 mars 1992 fait référence à cette idée d'adhésion minoritaire¹⁷³¹. Selon la CJCE, peu importe que l'actionnaire se soit opposé à l'insertion d'une clause attributive de compétence dans les statuts. Elle juge qu'« en devenant et en demeurant actionnaire d'une société, l'actionnaire donne son consentement pour se soumettre à l'ensemble des dispositions figurant dans les statuts de la société et aux décisions adoptées par les organes de la société conformément aux dispositions du droit national applicable et des statuts, même si certaines décisions ne rencontrent pas son accord ». Cette argumentation relève bien de l'adhésion minoritaire et non du consentement anticipé à l'acte car elle vise non seulement l'entrée dans la société mais aussi le maintien en son sein après la prise de décision. Elle implique nécessairement l'adhésion à la décision majoritaire. Cependant, cette explication n'est satisfaisante, du point de vue de la technique juridique, que dans les

1727 Voir S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, thèse dactyl., Paris II 1999, n° 408 sqq.

1728 M. HAURIOU, op. cit., 1^{ère} éd., p. 161 sqq., spéc. p. 163. Voir également sur l'application de la théorie de l'institution à la société anonyme : E. GAILLARD, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse Lyon 1932, p. 56 sqq. Pour une critique : P. LE CANNU, *La société anonyme à directoire*, préf. J. DERRUPPÉ, Bibl. dr. pr. n° 158, LGDJ 1979, n° 203 sqq.

1729 Voir également : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau 1912, p. 272 sqq., spéc. p. 274. En faveur de l'adhésion minoritaire : D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Bibl. dr. com. t. 21, Sirey 1970, n° 176 sqq.

1730 M. HAURIOU, op. cit., 1^{ère} éd., p. 163. Cela n'empêche pas la contestation : M. HAURIOU, op. cit., p. 164.

1731 CJCE. 10 mars 1992, B. Joly 1992, § 247, note J.-B. BLAISE ; Def. 1992, article 35382, n° 4, obs. P. LE CANNU. Voir également : X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 193 sq. et p. 198, note 1.

organisations que le minoritaire peut quitter lorsqu'il n'adhère pas au fait de la décision majoritaire. Or, il n'est pas toujours facile, voire possible, de quitter un groupement dont on désapprouve une décision¹⁷³². Il n'existe aucun droit de retrait dans les sociétés en nom collectif¹⁷³³. Il semble donc que la validité de la norme majoritaire relève moins d'un mécanisme juridique que de la croyance¹⁷³⁴. D'un point de vue pratique, on peut également souhaiter la généralisation du droit de retrait.

544 La personnalité morale est tout aussi impuissante que le contrat ou l'institution à expliquer le principe majoritaire¹⁷³⁵. On sait que la majorité règle la prise de décision dans des institutions non personnalisées¹⁷³⁶ et qu'inversement des personnes morales connaissent la règle de l'unanimité¹⁷³⁷. L'existence de personnes morales unipersonnelles illustre également l'absence de lien nécessaire entre la personnalité morale et le principe majoritaire¹⁷³⁸. Il ne faut pas chercher le fondement de la loi de la majorité dans la personnalité morale. C'est en réalité qu'elle n'est pas liée à la personnalité morale mais à l'organisation¹⁷³⁹.

545 Il est vrai cependant que la reconnaissance du phénomène majoritaire dans une institution conduit à s'interroger sur son éventuelle personnification. En particulier, le développement des référendums et des consultations du personnel au sein des entreprises privées semble indiquer, si ce n'est une personne morale de droit positif, du moins une évolution vers la personnification. La pénétration du référendum au sein de l'entreprise, par exemple, est un phénomène que l'on commence à connaître¹⁷⁴⁰. La collectivité des salariés acquiert ainsi par instant une forme de personne morale pour Monsieur

1732 Voir X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 196 sq.

1733 Article 19 de la loi de 1966.

1734 Voir S.VAISSE, thèse précitée, p. 114, sur la sociologie (théorique) d'Hauriou.

1735 En ce sens : S.VAISSE, thèse précitée, p. 72 sqq. ; C. RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Paris II 1997, n° 223 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 200 sqq.

1736 Voir dans une association non déclarée : Versailles, 3 mai 1990, B. Joly 1990, § 180, note M. JEANTIN, RTDCom. 1991. 601, obs. E. ALFANDARI. Michel Jeantin critique ce point au motif qu'une association non déclarée n'a pas la personnalité morale.

1737 Voir l'article L. 221-13 du Code de commerce.

1738 Voir X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 209.

1739 Voir P. DIDIER, *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, RJC n° spécial novembre 1995, p. 74.

1740 J. GRIMALDI D'ESDRA, *La représentation du personnel dans l'entreprise : origines, puissance et déclin annoncé d'un pouvoir*, thèse dactyl., Montpellier I 1993, n° 246 sqq. ; du même auteur : *Nature juridique du référendum en droit du travail*, D. Soc. 1994.397.

Grimaldi d'Esdra¹⁷⁴¹. Spontanément, les salariés votent afin de prendre une décision collective, notamment en matière de grève¹⁷⁴².

546 Les décisions prises au sein des personnes morales sont le résultat de procédures qui relèvent de l'organisation interne que la personnalité morale a pour fonction de rendre opposable. Les règles de prises de décisions relèvent de l'organisation et non de la personnalité morale. La personnalité morale ne peut être définie uniquement comme un centre de décisions¹⁷⁴³. La prise de décision est une nécessité imposée par la vie sociale au sens le plus large. La personne physique est tout autant un centre de décisions que la personne morale. Le particularisme de la personnalité morale se situe ailleurs : il est dans l'organisation créée dans un intérêt spécifique¹⁷⁴⁴. Cette organisation permet la prise de décisions individuelles ou collectives : c'est elle qui est le véritable centre de décisions, et non la personnalité morale qui la rend opposable à tous.

B) Le pouvoir disciplinaire

547 L'existence d'une organisation orientée vers la réalisation d'un objectif déterminé a rendu nécessaire l'exercice d'une prérogative d'un type spécial : le pouvoir disciplinaire. Ce pouvoir peut être défini comme « un pouvoir juridique ayant pour objet d'imposer aux membres du groupe, par des sanctions déterminées, une règle de conduite en vue de les contraindre à agir conformément au but d'intérêt collectif qui est la raison d'être de ce groupe »¹⁷⁴⁵. Le débat a moins porté sur son existence que sur sa source. Ici comme ailleurs le contrat et la propriété ont paru impuissants à justifier le phénomène disciplinaire¹⁷⁴⁶. L'existence du pouvoir disciplinaire a été mise en évidence par la théorie de l'institution¹⁷⁴⁷. Hauriou distinguait au sein des règles institutionnelles, un droit statutaire et un droit disciplinaire¹⁷⁴⁸. Selon le doyen de Toulouse, « le droit disciplinaire est

1741 J. GRIMALDI D'ESDRA, article précité.

1742 Paris, 24 juin 1975, GP. 1976.1.243.

1743 Voir cependant A. GHOZI, *La personne morale*, article précité, p. 109, spéc. n° 168 sqq.

1744 A ces éléments substantiels il faut ajouter un élément formel : l'opposabilité de l'intérêt et l'organisation.

1745 A. LÉGAL, J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, op. cit., p. 18.

1746 Pour un recours à la résolution judiciaire en matière d'association : T. Civ. Seine inférieure, 4 avril 1927, D. 1928.2.164, note R. BEUDANT. La technique de la résolution ne peut rendre compte de toutes les situations que recouvre le droit disciplinaire. Voir également Civ. I, 16 mai 1972, RTDCiv. 1973.144, obs. G. CORNU.

1747 Voir par exemple : M. HAURIOU, op. cit., 1^{ère} éd., p. 135 sqq. Voir également P. LEMARCHAND, *Les rapports de l'association et de ses membres*, thèse Paris, Jouve & C^{ie} 1923, p. 47 sqq.

1748 M. HAURIOU, op. cit., 1^{ère} éd., p. 135 sq.

constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose »¹⁷⁴⁹. Le droit disciplinaire est lié à la notion d'intérêt dans la définition d'Hauriou¹⁷⁵⁰. La théorie institutionnelle a été développée ensuite par Brèthe de la Gressaye et Légal dans leur ouvrage sur *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*¹⁷⁵¹. La théorie institutionnelle reste sans doute la conception dominante du pouvoir disciplinaire alors même qu'elle n'est pas généralement admise par la doctrine¹⁷⁵². La raison principale de son peu de succès tient sans doute, en ce domaine, au fait qu'il s'agit d'une explication dangereuse. En effet, elle explique l'existence d'un pouvoir sans permettre d'en fixer les limites¹⁷⁵³. La théorie institutionnelle est une théorie inégalitaire voire hiérarchique. Selon Brèthe de la Gressaye et Légal, le pouvoir disciplinaire est né de la transformation d'un pouvoir hiérarchique et discrétionnaire en un véritable pouvoir juridictionnel¹⁷⁵⁴. Mais en réalité, la conception institutionnelle reste marquée par l'autorité et la conception hiérarchique du droit. Brèthe de la Gressaye et Légal en particulier ont écrit qu'« il faut une autorité, il faut que la collectivité tout entière, ou les chefs qui la dirigent, aient le pouvoir de juger la conduite des membres »¹⁷⁵⁵. Le principe hiérarchique est devenu ainsi le fondement d'une certaine théorie de l'entreprise¹⁷⁵⁶.

548 En ce domaine, comme en d'autres, l'intervention du législateur n'est pas dépourvue d'ambiguïté. La réforme de 1982 peut être interprétée tant comme une limitation du pouvoir de l'employeur

1749 M. HAURIOU, op. cit., 1^{ère} éd., p. 137.

1750 Hauriou n'a cependant pas étudié l'entreprise. Voir X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 238.

1751 A. LÉGAL, J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, op. cit., notamment p. 21 sqq. Voir également à propos de la nature institutionnelle du syndicat : P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. III, avec le concours de A. VITU, Dalloz 1956, n° 20 ; en matière d'association : P. LEMARCHAND, thèse précitée, p. 47 sqq.

1752 En ce sens : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 88.

1753 En ce sens : X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 220.

1754 A. LÉGAL, J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, op. cit., p. 8 sq. Voir également P. DURAND, *Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail*, JCP. 1944, I, 387.

1755 A. LÉGAL, J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, op. cit., p. 17.

1756 Voir M. DESPAX, *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF. 1992, n° 246 sqq. Voir également P. DURAND, *Travaux de l'association H. Capitant 1947*, t. III, Dalloz 1948, p. 45 sqq., spéc. p. 49 sqq.

que comme une légitimation de celui-ci¹⁷⁵⁷. La loi n'a pas remis en cause le pouvoir disciplinaire et semble même l'avoir légitimé en définitive¹⁷⁵⁸. Avant 1982, le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise pouvait paraître excessif. Les formules jurisprudentielles, qui faisaient référence à l'intérêt de l'entreprise et au détournement de pouvoir, dissimulaient mal un pouvoir souverain qu'aucun contrôle judiciaire efficace ne venait limiter¹⁷⁵⁹. En dehors de l'entreprise, l'importance des dispositions statutaires reste considérable¹⁷⁶⁰. Ce constat pourrait conduire à remettre en cause le fondement institutionnel du pouvoir disciplinaire¹⁷⁶¹. Il semble tout au moins possible de s'interroger sur le domaine de la théorie.

549 L'entreprise, qui semble ne pas être personnifiée en droit positif français, est le lieu privilégié d'exercice du pouvoir disciplinaire en droit privé¹⁷⁶². Il est moins évident que la société connaisse un véritable droit disciplinaire. On peut en effet se demander si l'inégalité qu'il suppose est parfaitement compatible avec l'égalité des membres et l'homogénéité des intérêts qui caractérisent la société. Il existerait tout au moins différentes formes de pouvoir disciplinaire et non une forme unique¹⁷⁶³. La transposition des solutions relatives au pouvoir du chef d'entreprise aux autres institutions cesse d'être évidente¹⁷⁶⁴. L'idée d'égalité qui domine le droit privé met en cause certaines analogies notamment avec le droit public¹⁷⁶⁵. L'inégalité est exclue dans l'association car les membres sont en principe égaux, alors qu'il n'en est sans doute pas de même dans l'entreprise privée¹⁷⁶⁶. Malgré

1757 Articles L. 122-44 et suivants du Code du travail. Voir A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, collection les voies du droit, PUF. 1994, p. 175 sq.

1758 En ce sens : B. BOUBLI, *Le droit disciplinaire, J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 18-40, n° 5 et n° 43.

1759 Voir J. PÉLISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz 1981, p. 275 sqq. En droit des associations plusieurs auteurs avaient cependant soutenu la nécessité d'un contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir disciplinaire : C. C. ZAMFIRESCO, *Des rapports juridiques de l'association avec ses membres en droit français et en droit comparé*, thèse Paris, Jouve et C^{ie} 1922, p. 124 sqq. ; M. GUÉRIN, *Les pouvoirs de l'association sur ses membres*, thèse Paris, Imprimerie Constant-Laguerre 1931, spéc. p. 171, en faveur de la transposition en droit privé de la théorie de l'excès de pouvoir ; R. MOREL, note sous Req., 22 décembre 1920, S. 1922.1.369.

1760 Voir Civ. I, 16 mai 1972, RTDCiv. 1973.144, obs. G. CORNU.

1761 Voir E. GAILLARD, thèse précitée, n° 105 sqq.

1762 Voir une comparaison avec le droit public : X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 257 sqq.

1763 Voir L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 177.

1764 Voir E. GAILLARD, thèse précitée, n° 99.

1765 Voir E. GAILLARD, thèse précitée, n° 99 et n° 97 sq.

1766 Voir A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, collection les voies du droit, PUF. 1994, p. 110 sqq.

tout ce que peut avoir de « théoriquement inacceptable »¹⁷⁶⁷ l'idée d'un assujettissement juridique du salarié à son employeur, force est de constater l'ascendant économique de l'employeur sur le salarié. Tout le droit du travail est orienté à l'établissement d'une égalité dont la réalisation reste imparfaite en droit positif¹⁷⁶⁸.

550 L'existence d'un véritable pouvoir disciplinaire est-elle en définitive parfaitement compatible avec la personnalité morale ? En effet, la personnalité morale paraît n'exister que lorsqu'il existe un intérêt propre de la personne morale, déterminé par référence à un intérêt type. L'homogénéité des intérêts est un aspect essentiel de cette idée d'intérêt type. En revanche, le pouvoir disciplinaire semble n'apparaître qu'en situation d'inégalité des personnes et des intérêts. L'intérêt de l'entreprise, qui n'est autre que celui de l'entrepreneur modéré par les libertés et les intérêts des salariés, en est l'illustration. La qualification même de pouvoir peut parfois être discutée si l'on remarque avec Monsieur Dupré de Boulois que le contrôle du détournement de pouvoir en droit disciplinaire reste faible¹⁷⁶⁹. On peut affirmer avec cet auteur que la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire au chef d'entreprise revient en réalité à « accorder à l'employeur à la fois les prérogatives d'une fonction et la liberté d'un droit subjectif »¹⁷⁷⁰. Le pouvoir disciplinaire semble donc ne pas pouvoir se développer pleinement au sein des institutions fondées sur l'égalité des membres ou, plus précisément, sur l'égalité des intérêts internes. Dans ces organisations, la personne morale impose ses décisions à des personnes qui poursuivent un intérêt identique. On peut seulement relever que l'intérêt de la personne morale s'impose aux intérêts externes des membres. Le pouvoir disciplinaire au sein des personnes morales ne peut donc avoir la même nature que celui qui se développe dans des institutions inégalitaires. Pourtant Légal et Brèthe de la Gressaye ont porté leur attention en particulier sur les groupements personnifiés¹⁷⁷¹. Mais ils reconnaissent l'existence des institutions égalitaires, dites corporatives, et des institutions inégalitaires, dites patronales¹⁷⁷². Dans la première catégorie ils

1767 G. COUTURIER, *Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975, Chr. 151, n° 10. Voir également B. TEYSSIÉ, *Personnes, entreprises et relations de travail*, D. Soc. 1988.374.

1768 Voir la critique marxiste : G. DE LA PRADELLE, *L'homme juridique*, Coll. critique du droit, PUG Maspéro 1979, p. 89 sqq. ; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Coll. Fondations, Maspéro 1982, p. 128 sqq.

1769 X. DUPRÉ DE BOULOIS, thèse précitée, p. 268.

1770 X. DUPRÉ DE BOULOIS, *ibid.*

1771 A. LÉGAL, J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *op. cit.*, p. 21 sqq.

1772 A. LÉGAL, J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *ibid.*

pouvaient inclure les sociétés, les associations et les syndicats¹⁷⁷³. Dans la seconde, ils faisaient figurer non seulement l'entreprise mais aussi la famille, ce qui n'est plus possible aujourd'hui que les époux jouissent au sein de la famille des mêmes droits. De manière générale, il est permis de se demander si chaque type d'institution obéit à un type de droit disciplinaire particulier. Il semble, en particulier, que l'exclusion ou le contrôle judiciaire ne peut pas être tout à fait le même dans tous les cas.

551 Tous ces aspects pourraient être développés dans le cadre d'une théorie du pouvoir disciplinaire révisée au regard de ces brèves observations. Mais cela sort de la théorie de la personnalité morale. En effet, le pouvoir disciplinaire n'est pas inhérent à la personnalité morale mais est un élément de l'organisation. Il est le résultat d'une organisation et non de la personnalité morale. Il peut exister en dehors de la personnalité morale et être absent en son sein¹⁷⁷⁴. L'exercice du pouvoir disciplinaire et en particulier l'exclusion reste liée en principe à l'existence d'une disposition légale ou statutaire. L'intervention du juge reste, par ailleurs, un préalable de principe, excepté notamment en droit du travail¹⁷⁷⁵. Le pouvoir disciplinaire ne naît donc pas naturellement de la personnalité morale. Il n'est qu'un élément accidentel qui trouve sa source dans des règles d'organisation dont le contenu est indépendant de la personnalité morale. La distinction de l'organisation et de la personnalité morale peut être formalisée maintenant que l'on a pu constater que la personnalité morale n'est pas nécessairement la source de toutes les règles qui régissent les institutions personnalisées.

II La distinction de l'organisation et de la personnalité morale

552 La distinction de la personnalité morale et de l'organisation se manifeste sur un double plan. En droit interne, les règles qui régissent l'organisation et celles qui régissent la personnalité ne sont pas nécessairement les mêmes. En droit international privé, la distinction se retrouve également : elle mérite d'être mise en évidence car elle recèle des conséquences pratiques importantes.

1773 A. LÉGAL, J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, *ibid.*

1774 Voir L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 179 ; A. MESTRE, note sous T. Civ. Seine, 16 février 1921, S. 1926.2.113. L'entreprise, dénuée de la personnalité, est le lieu d'exercice d'un pouvoir disciplinaire évident. La société ne le connaît peut-être pas ; tout au moins ne revêt-il pas la même forme.

1775 Voir Req., 22 décembre 1920, S. 1922.1.369, note R. MOREL ; E. GAILLARD, thèse précitée, n° 106.

553 Kelsen semblait ne pas admettre que la personnalité juridique soit autre chose qu'une organisation¹⁷⁷⁶. Pourtant, l'insuffisance du critère tiré de l'existence d'une organisation a été relevée en doctrine¹⁷⁷⁷. Monsieur Verschave constate ainsi que l'on accorde beaucoup d'importance à l'élément organisation aujourd'hui alors que chez les auteurs du début du XX^e siècle l'intérêt était le critère principal¹⁷⁷⁸. Cet auteur propose de distinguer l'organisation qui est au fondement de tout groupement, personnalisé ou non, et celle par laquelle le groupement personnalisé exprime une volonté propre¹⁷⁷⁹. En réalité, il faut sans doute mener le raisonnement à son terme : la forme d'organisation adoptée est indifférente et il faut distinguer ce qui relève de l'organisation et ce qui est propre à la personnalité morale¹⁷⁸⁰. Plus encore que d'approfondir la recherche d'un critère substantiel, il faut ajouter un élément formel pour qu'en présence d'un intérêt défendu au moyen d'une organisation, on puisse parler de personnalité morale. Dès lors que l'on distingue la personnalité morale comme technique d'opposabilité d'une organisation créée dans un intérêt déterminé de l'organisation elle-même, on est à même d'éviter de graves confusions. L'idée de variabilité de la personne morale en fonction de la forme ou en fonction des règles internes d'organisation doit être rejetée. La personnalité morale n'est pas réductible à son organisation. Elle tend à rendre celle-ci opposable à tous mais est dans une large mesure indifférente aux contenus réels des règles d'organisation¹⁷⁸¹. La loi de la majorité, le pouvoir disciplinaire, la démocratie interne : aucune de ces idées n'est de l'essence de la personnalité morale. On ne peut donc soutenir qu'il existe une personnalité morale atténuée pour certains groupements dont l'inachèvement serait dû non à une faiblesse de l'intérêt mais à une imperfection de l'organisation¹⁷⁸². Affirmer le

1776 H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 161.

1777 En ce sens : J.-P. VERSHAVE, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, thèse dactyl., Lille II 1984, n° 344 sqq.

1778 J.-P. VERSHAVE, thèse précitée, n° 344 sqq.

1779 J.-P. VERSHAVE, thèse précitée, n° 345.

1780 C'est ce que semble faire Monsieur Verschave, plus loin dans sa thèse : J.-P. VERSHAVE, thèse précitée, n°403, qui traite cependant alors davantage de la capacité des personnes morales que des règles d'organisation.

1781 En ce sens : G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 21. Voir également A. GHOZI, *La personne morale*, article précité ; A. BÜRGE, *La personne morale : la pensée juridique française du XIX^e siècle*, in *Personne, société et nature. La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, sous la direction de B. SCHMIDLIN, éd. universitaires Fribourg 1996, p. 59, spéc. p. 72.

1782 Voir J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de L'Université Y. Cadoret 1932, p. 118.

contraire trahit une erreur de méthode qui conduit à une remise en cause fondamentale : celle de la possibilité de toute théorie cohérente de la personnalité morale. Cette théorie est en définitive une non-théorie voire une anti-théorie.

554 L'affirmation de la constance de la personnalité morale, indépendante des règles d'organisation, permet de formuler deux brèves observations relatives à deux évolutions récentes. Le mouvement de contractualisation qui affecte le droit des sociétés conduit à une libéralisation des règles d'organisation¹⁷⁸³. Elle ne concerne pas la personnalité morale mais uniquement l'organisation. De même, le mouvement qui tend à la constitution d'un droit commun des groupements concerne essentiellement l'organisation et non la personnalité morale¹⁷⁸⁴.

XXX. La distinction de la personnalité morale et de l'organisation se constaterait encore en droit international privé. On peut constater parfois que la loi applicable n'est pas toujours la même selon qu'il s'agit de question interne ou de questions qui mettent en cause les tiers. L'importance des lois de police peut être citée en ce sens¹⁷⁸⁵. Par ailleurs, une formalisation de ce constat pourrait permettre de résoudre certaines questions de droit internationale privé tel que la question du changement de siège social. Elle conduirait sans doute à admettre sans difficulté le transfert de siège social vers l'étranger, ou inversement de l'étranger vers la France, dès lors que certaines conditions sont réunies. Il faudrait tout d'abord que le transfert ait été décidé de manière régulière¹⁷⁸⁶. Il ne saurait y avoir ensuite d'autres modifications significatives de l'organisation de la personne morale, notamment de l'objet social. Les formalités de publicité doivent enfin être respectées tant dans le pays d'origine que dans le pays d'accueil¹⁷⁸⁷.

1783 Voir par exemple J.-P. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés*, RTDCom. 1996.595.

1784 Voir par exemple Civ. I, 29 novembre 1994, B. Joly 1995, § 48, note M. JEANTIN ; RS. 1995.318, note Y. GUYON ; Civ. I, 9 janvier 1996, Dr. Soc. 1996, Comm. 142, note Th. BONNEAU.

1785 Voir M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. priv. n° 285, LGDJ 1997, n° 165 ; H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse dactyl., Rennes I 1979, t. 2, n° 484 sqq.

1786 La régularité est appréciée au regard des statuts et de la loi de l'Etat d'origine. Le transfert ne doit pas être frauduleux. Voir A. COSTE-FLORET, *Le transfert de siège social*, RGDCCom. 1938.577.

1787 Cela signifie que la société doit avoir été immatriculée dans son pays d'origine si elle s'installe en France, ou qu'elle soit immatriculée ou inscrite dans son pays d'accueil dans le cas d'un départ. Cette condition évite que l'on perde la trace de la

555 **Observations finales.** Deux observations peuvent être formulées en guise de conclusions de la présente section. L'une relève de la théorie générale, l'autre plus précisément de la théorie de la personnalité morale. Plusieurs débats doctrinaux des années 1890-1910 relevaient davantage de la querelle de mots que du débat juridique. La controverse qui oppose les défenseurs de la représentation et ceux de l'organe en est une illustration. Cependant, comme toujours en droit, une question de vocabulaire n'est jamais innocente. Elle peut avoir des conséquences pratiques non négligeables¹⁷⁸⁸. Elles sont plus souvent l'indice d'un changement dans la perception du droit par la doctrine. Ce changement n'est pas toujours conscient. Ainsi peut-il sembler compréhensible qu'un privatiste féru de droit romain ne perçoive pas, lorsqu'elle se produit, l'évolution de sa matière ni, *a fortiori*, celle d'un droit administratif qui parvient à maturité. On comprend alors qu'Hauriou, recourt à une terminologie personnelle afin de désigner les réalités du droit qu'il observe sans pouvoir les faire rentrer dans des catégories juridiques vieilles qu'il a héritées de ses maîtres. On ne peut non plus exclure, par ailleurs, les implications idéologiques d'un changement de vocabulaire. L'exemple d'Hauriou et de sa théorie est, ici encore, éclairant. Positiviste catholique, Hauriou avait conscience de l'importance des mots et de leur poids idéologique¹⁷⁸⁹. Le passage d'une terminologie à une autre traduit souvent le passage d'une méthodologie à une autre. La substitution de la triade intérêt-organe-pouvoir à celle droit subjectif-personnalité-représentation traduirait ainsi pour Monsieur Ost un changement de perspective important¹⁷⁹⁰. Elle marquerait le passage d'un droit individualiste et privatiste à un droit davantage orienté vers le droit public¹⁷⁹¹.

556 La distinction de l'organisation et de la personnalité morale permet également d'éclairer certaines questions déjà évoquées. Ainsi la distinction de la société et de l'association peut-elle apparaître, en définitive, comme une différence d'organisation moins que de personnalité morale. Un groupement apparaîtra comme une société ou comme une association, selon qu'il est organisé afin de produire des

société et réduit les risques de fraude.

1788 C'est en définitive le résultat du débat relatif à la nature du droit de vote.

1789 Voir la lettre à Jacques Chevalier, citée dans *l'Anthologie de la pensée juridique*, éditée par Monsieur MALAURIE, Cujas 1996, p. 231.

1790 Fr. OST, *Droit et intérêt*, Vol. 2, *Entre droit et non droit : l'intérêt*, Publication des FUSL, Bruxelles 1990, p. 83.

1791 Il est vrai que l'individualisme a connu un nouveau développement dans les dix dernières années. Mais il s'est également beaucoup transformé sous l'influence du mouvement décrit par Monsieur Ost.

bénéfices ou non. Si l'intérêt qui sert de fondement à l'organisation est essentiel à la personnalité morale, il n'est pas nécessaire qu'il soit identique dans toutes les personnes morales. Il suffit qu'il soit un intérêt immanent aux intérêts individuels et non un intérêt transcendant. Cette observation conduit également à envisager l'existence d'un droit commun des groupements indépendant du droit commun de la personnalité morale. Peut-être l'idée même d'un droit commun de la personnalité morale n'a-t-elle aucun sens en définitive dès lors qu'elle est un concept unique et non un genre regroupant diverses espèces¹⁷⁹². La personnalité, la capacité, le patrimoine sont les attributs de la personnalité morale. La loi de la majorité, le pouvoir disciplinaire etc. ne sont pas des éléments de la personnalité mais de l'organisation que la personnalité a pour effet de rendre opposable à tous.

557 La personne morale est un sujet de droit c'est-à-dire qu'elle est apte à être titulaire de droits subjectifs. Le droit subjectif peut être défini comme une prérogative, un pouvoir d'accomplir des actes juridiques ou matériels dans un intérêt déterminé. Au fondement de la personnalité morale comme sujet de droit on trouve donc l'intérêt. L'intérêt constitue l'élément substantiel principal de la personnalité morale. Il est mis en forme par l'organisation qui constitue le second élément substantiel de la personnalité morale. Elle-même n'est pas la source des règles d'organisation¹⁷⁹³. On peut cependant constater que les notions de droit subjectif et/ou d'intérêt et d'organisation restent impuissantes à expliquer ce qui fait l'essence de la personnalité morale. Pour atteindre cette essence il faut compléter ces aspects substantiels de la personnalité morale par l'étude de son élément formel : l'opposabilité. En effet, pour que ces éléments substantiels forment un sujet de droit, il faut respecter une forme de publicité qui permet à un intérêt spécifique et à l'organisation créée afin de le promouvoir de devenir opposables à tous.

1792 Voir notamment E. ALFANDARI, *Associations et sociétés : points de rencontre*, PA 24 avril 1996, n° 30, p. 47.

1793 En sens contraire : L. BOY, *L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit)*, thèse dactyl., Nice 1979, n° 93, qui définit la personnalité morale comme une technique d'organisation des intérêts collectifs.

Section II Le fondement formel de la séparation des personnes

558 L'opposabilité de l'organisation apparaît comme un élément essentiel de la personnalité morale (§1). Elle permet de comprendre la raison d'être de la publicité nécessaire à l'apparition de la personnalité morale (§2). Cet aspect formel complète l'aspect substantiel et autorise enfin à formuler une première définition de l'essence de la personnalité morale, dont la constance sera affirmée en dépit des différences de formes.

§ 1 L'opposabilité de l'organisation et la personnalité morale

559 La notion d'opposabilité a des antécédents en théorie du droit. Ces propositions doctrinales étaient certainement en avance sur l'état du droit. Cela expliquerait qu'elles n'aient pas convaincus leurs contemporains. L'opposabilité a été mise en évidence par des travaux récents qui rendent compte de l'état actuel du droit.

560 **Les intuitions du passé.** Au début du XX^e siècle, deux distinctions contenaient l'intuition de ce que l'on appelle aujourd'hui l'opposabilité. Il s'agit, d'une part, de la distinction de la personnalité morale interne et de la personnalité morale externe avancée par Thaller¹⁷⁹⁴. Il s'agit, d'autre part, de la distinction institutionnelle de la personnalité morale et de la personnalité juridique¹⁷⁹⁵. Il s'agit d'une distinction comparable à celle élaborée par Thaller entre personnalité interne et personnalité externe¹⁷⁹⁶. Pour Hauriou, c'est dans l'individualité objective que se trouve le centre de volonté, d'intérêt et de fonction et non dans la personnalité juridique¹⁷⁹⁷. C'est également l'individualité objective qui est dotée d'organes et non la personne juridique¹⁷⁹⁸. La personnalité juridique selon Hauriou « est un procédé de la technique juridique destiné à faciliter la vie de relation avec

1794 Ed. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd., Rousseau 1904, n° 274 sqq., spéc. n° 289. Voir surtout sa note fondatrice sous Civ., 30 mai 1892, DP. 1893.1.105.

1795 M. HAURIOU, op. cit., 1^{ère} éd., p. 641 sqq. Comparer avec la première version de sa doctrine : M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGD. 1898.5 et 1898.119. Hauriou est resté fidèle à sa pensée : M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, in Cahier de la nouvelle journée, n° 4, *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud et Gay 1925. La volonté a cependant perdu en importance au cours de l'évolution de la théorie de l'institution. Il a développé dans ce dernier article une théorie réellement objective de la personnalité morale et juridique.

1796 Voir E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau 1912, p. 262 sqq., spéc. p. 264 sq. Voir également J. BRETHER DE LA GRESSAYE, M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey 1947, n° 394 sq.

1797 M. HAURIOU, op. cit., 1^{ère} éd., p. 646 sq.

1798 En ce sens : M. HAURIOU, op. cit., p. 653 sq.

autrui, par synthèse de ce qui est propre à chaque individu »¹⁷⁹⁹. Hauriou avait sans doute eu alors l'intuition de l'importance de l'opposabilité. La distinction entre la personnalité morale et la personnalité juridique a parfois été reprise par la suite. Coulombel admet ainsi la distinction de la personnalité morale et de la personnalité juridique¹⁸⁰⁰. Il suit Henri Rousseau sur ce point¹⁸⁰¹. Hauriou reste cependant celui qui a le mieux compris l'importance des manifestations externes de la personnalité juridique et la nature de ses rapports avec l'organisation qui la sous-tend¹⁸⁰².

561 L'opposabilité dans le droit contemporain. La notion d'opposabilité appliquée à l'acte d'organisation a déjà été étudiée plus haut. Il s'agit ici d'en étendre la signification à la personnalité morale elle-même. Cela peut se faire sans grande difficulté car il s'agit d'opérer un glissement de l'acte d'organisation à l'organisation elle-même. Une organisation peut être rendue opposable à tous. On dit alors qu'elle acquiert la personnalité morale¹⁸⁰³.

562 Application de la notion d'opposabilité à la personnalité morale. L'absence de manifestation extérieure de la société civile avant la réforme de 1978 était un argument pertinent contre la reconnaissance de la personnalité morale de cette organisation¹⁸⁰⁴. Cela n'avait pas empêché la Cour de cassation de proclamer la personnalité morale des sociétés civiles dans des arrêts, demeurés célèbres, de la fin du XIX^e siècle¹⁸⁰⁵. La réforme de 1978 a

1799 M. HAURIOU, op. cit., p. 101.

1800 P. COULOMBEL, thèse précitée, n° 191 sq. Il fait application de sa distinction au groupe de sociétés : il y a unité de personne morale derrière l'apparente pluralité de personnes juridiques.

1801 Voir les notes d'Henri Rousseau au Sirey et notamment sous : Req., 20 novembre 1922, S. 1926.1.305 ; Req., 9 février 1932, S. 1932.1.177.

1802 En ce sens : G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, préf. L. LE FUR, Sirey 1932, p. 692. Voir également H. ROUSSEAU, note sous Civ., 21 novembre 1934, S. 1936.1.289.

1803 L'absence de mécanisme d'opposabilité a parfois été invoquée à l'encontre de la personnalité d'une organisation : Req., 23 février 1891, D. 1891.1.331 ; S. 1892.1.73, note MEYNIAL ; Req., 2 mars 1892, S. 1892.1.497, note MEYNIAL, à propos de la société civile.

1804 En ce sens : L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, 3^{ème} éd., Dalloz 1925, n° 223 sqq., qui n'admettent aucune publicité de fait. En sens contraire : Ed. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd., Rousseau 1904, n° 298. Meynial avait souhaité la personnification, par la loi, des sociétés civiles mais redoutait l'insécurité d'une solution purement jurisprudentielle. Sa note sous Req., 2 mars 1892 au Sirey 1892, première partie, page 497 est plus critique que celle sous Req., 23 février 1891 au Sirey 1892, première partie, page 73. L'absence de publicité satisfaisante de la société civile lui apparaissait comme un défaut grave. Cette solution est restée celle du droit belge : Cass. Belgique, 12 novembre 1935, S. 1939.4.5.

1805 Req., 23 février 1891, précité ; Req., 2 mars 1892, précité.

imposé le principe de l'immatriculation pour les sociétés civiles. On peut affirmer aujourd'hui qu'il n'est pas d'institution personnalisée dont l'acte d'organisation ne soit soumis à une forme de publicité plus ou moins élaborée¹⁸⁰⁶. Selon Monsieur Wicker, l'opposabilité est devenue la condition de l'autonomie du groupement¹⁸⁰⁷. Il affirme nettement que « la personnalité morale est liée, non à l'existence, mais à l'opposabilité du groupement »¹⁸⁰⁸. Cet auteur a par la suite développé une théorie de la personnalité morale construite à partir de la notion d'opposabilité¹⁸⁰⁹. Il compare la distinction des effets internes et des effets externes à celle de l'effet relatif et de l'opposabilité du groupement¹⁸¹⁰, et démontre brillamment que la confusion de l'organisation et de la personnalité morale n'est plus possible aujourd'hui¹⁸¹¹. Il est évident aujourd'hui que la société, notamment, est constituée dès la signature des statuts même si elle n'acquiert la personnalité morale que lors de son immatriculation¹⁸¹².

563 On présente parfois la personnalité morale comme une technique d'opposabilité d'un groupement¹⁸¹³. Elle est plus exactement une technique d'opposabilité des organisations constituées dans un intérêt déterminé¹⁸¹⁴. Elle ne trouve pas nécessairement sa substance dans un groupement. Cela était vrai depuis longtemps car les fondations personnifiées n'ont pas de membre. Cette observation est encore plus juste depuis que le droit positif reconnaît des formes unipersonnelles de sociétés¹⁸¹⁵. C'est en cela que l'adoption de la loi de 1985 sur l'entreprise unipersonnelle opère un changement considérable dans le droit des personnes morales. Elle a rendu nécessaire de préciser l'objet de l'opposabilité. Il ne s'agit pas du groupement comme on pouvait le penser mais de l'organisation. Si l'on

1806 Voir A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Bibliothèque des idées, Gallimard 1981, p. 568.

1807 G. WICKER, thèse précitée, n° 237 sqq. Voir déjà R. VON IHERING, op. cit., t. IV, §65, p. 215.

1808 G. WICKER, thèse précitée, n° 241.

1809 *Répertoire Civil*, article précité par G. WICKER. Voir également A. GHOZI, *La personne morale*, article précité.

1810 Ibid., n° 20.

1811 G. WICKER, thèse précitée, n° 231.

1812 Voir l'article 1842 alinéa 2 du Code civil et l'article 2 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978.

1813 En ce sens : J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, préf. D. MARTIN, Bibl. dr. priv. n° 179, LGDJ 1984, n° 242 ; *Répertoire civil*, article précité, par G. WICKER, spéc. n° 20 et 23.

1814 Sur la personnalité morale comme technique d'opposabilité : J. DUCLOS, thèse précitée, n° 241. Plus récemment : *Répertoire civil*, article précité, par G. WICKER ; A. GHOZI, *La personne morale*, article précité, n° 158.

1815 EURL et EARL depuis 1985, SAS unipersonnelle et SEL unipersonnelles depuis 1999.

se rapproche ainsi de certaines positions de l'École de Rennes¹⁸¹⁶, il convient cependant de nuancer le propos. Pour les auteurs composant ce courant doctrinal, le droit lui-même est une science d'organisation et la société anonyme est une technique d'organisation de l'entreprise¹⁸¹⁷. Lorsque l'on affirme que la personnalité morale est une technique d'opposabilité d'une organisation construite autour d'un intérêt déterminé, on dit cependant autre chose. L'organisation n'est pas l'œuvre de la personnalité morale. Elle n'est pas en elle-même source de règles d'organisation¹⁸¹⁸. Cette précision sera d'une grande importance lorsqu'il s'agira d'étudier les phénomènes de transparence¹⁸¹⁹. On peut remarquer en effet que l'opposabilité de l'organisation inhérente à la personnalité morale n'est pas exactement la même que celle d'un acte juridique tel que le contrat. Elle va au-delà puisqu'elle détermine en partie les droits des tiers. Le contenu de l'acte d'organisation lui-même est opposable et non seulement son existence en tant que fait juridique. L'absence de publicité n'est pas sanctionnée en principe par la nullité mais par le défaut de personnalité morale¹⁸²⁰. Seules la SNC et la société en commandite simple sont nulles à défaut de publicité au terme d'une disposition dont le maintien devient étonnant¹⁸²¹. Inversement, un acte d'organisation publié n'entraînera pas toujours une opposabilité parfaite. L'opposabilité aux tiers de l'intérêt et de l'organisation chargée de le satisfaire est parfois limitée par l'effet de la loi. En droit des sociétés, les clauses limitatives des pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers sans être illicites¹⁸²². Les textes précisent parfois que seule la connaissance effective de la clause par un tiers peut rendre celle-ci opposable, étant entendu que la simple publicité des statuts ne saurait suffire à établir cette connaissance¹⁸²³.

1816 L'idée d'une distinction entre ce qui relève de l'organisation et ce qui relève de la personnalité morale était déjà présente chez Roger Percerou dont on peut relever l'influence sur les auteurs de l'École de Rennes : *La personne morale de droit privé, Patrimoine d'affectation*, thèse dactyl., Paris 1951, p. 125.

1817 Voir surtout les écrits de Monsieur Paillusseau : J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. LOUSSOUARN, Bibl. dr. de l'entreprise t. 18, Sirey 1967 ; *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, JCP. 1986, I, 3242 ; *Le Droit moderne de la personnalité morale*, RTDCiv. 1993.705.

1818 Monsieur Wicker ne semble pas dire autre chose lorsqu'il écrit que « la personnalité morale n'est pas la source des règles gouvernant les personnes morales » : *Répertoire Civil*, article précité, par G. WICKER, n°21.

1819 Voir ci-dessous Titre II.

1820 Com., 4 mai 1981, RS. 1982.277, note C. PHILIPPE ; D. 1982.482, note J.-J. DAIGRE.

1821 Article L. 235-2 du Code de commerce.

1822 Articles L. 221-4, L. 223-18 et L. 225-35 du Code de commerce notamment.

1823 Articles L. 223-18 et L. 225-35 du Code de commerce.

564 La personnalité morale n'a donc pas un effet purement interne. La variabilité des effets internes ne tient pas en réalité à la personnalité morale mais à la variété des organisations que la personnalité morale a pour fonction de rendre opposables. Beaucoup de règles que l'on rattache d'ordinaire à la personnalité morale n'y sont pas liées¹⁸²⁴. En définitive, la théorie de Monsieur Gastaud reste séduisante sur plusieurs points mais pour expliquer la nature des organisations dont il étudie le régime et non celle de la personnalité morale. L'affirmation de la nature de la personnalité morale comme technique d'opposabilité d'une organisation chargée de poursuivre un intérêt déterminé¹⁸²⁵ renforce l'idée d'immanence en établissant clairement que la personne morale trouve son fondement en elle-même et non dans une force extérieure. Cette opinion conduit également à s'interroger sur le mode d'existence de la personnalité morale. Sous quelles conditions une organisation constituée dans un intérêt spécifique devient-elle opposable à tous ?

§ 2 Le rôle de la publicité dans l'acquisition et la perte de la personnalité morale

565 Le but de la publicité est « d'informer des tiers intéressés, des créanciers, pour leur permettre d'assurer la sauvegarde de leurs droits »¹⁸²⁶. En droit de la personnalité morale, elle remplit une fonction essentielle : porter à la connaissance des tiers l'organisation de l'institution.

566 Il existe principalement deux modes de publicité en matière de personnalité morale¹⁸²⁷. On peut réaliser une publicité par annonce¹⁸²⁸ ou par dépôt¹⁸²⁹. Elle peut-être, par ailleurs, constitutive ou déclarative¹⁸³⁰. Certaines publicités sont simplement informatives alors

1824 Voir ci-dessus, n° 614 sqq. notamment. En ce sens : G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 21 ; A. BÜRGE, *La personne morale : la pensée juridique française du XIX^e siècle*, in *Personne, société et nature. La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, sous la direction de B. SCHMIDLIN, éd. universitaires Fribourg 1996, p. 59, spéc. p. 72.

1825 Cette assertion relève de la science du droit et non strictement du droit positif. Les décisions qui font référence à la notion d'opposabilité sont rares : Rouen, 17 décembre 1992, GP. 1994, Som. 794.

1826 *Publicités légales et informations dans les affaires*, op. cit. Voir également B. TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes*, 6^{ème} éd., Litec 2001, n° 530.

1827 Sur l'origine de la publicité en matière de sociétés : H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Domat-Montchrestien 1938, p. 79 sqq. ; Cl. DUCOULOUX, *Répertoire Dalloz Sociétés*, V° *Publicité*, n° 2 sq.

1828 En droit des sociétés : article 281 du décret de 1967.

1829 En droit des sociétés : article 282 du décret de 1967.

1830 Sur la différence entre publicité constitutive et publicité déclarative : Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Propos autour de la publicité constitutive et de la publicité*

que d'autres produisent des effets beaucoup plus importants. En droit de la personnalité morale la publicité d'un acte juridique peut être posée comme condition d'accès à la vie juridique. Elle conduit à l'opposabilité de l'organisation élaborée sur le fondement d'un intérêt propre à la personne morale. La publicité doit permettre une opposabilité qui n'est pas celle des contrats ordinaires¹⁸³¹. La personne morale est opposable non seulement en tant qu'acte juridique présent sur la scène juridique mais aussi en tant qu'organisation. L'opposabilité ne concerne pas seulement son existence mais également son contenu. La personne morale n'est pas un simple fait que les tiers ne peuvent méconnaître, elle est aussi une institution¹⁸³² qui détermine leurs droits. Longtemps, pour les sociétés, la publicité au registre du commerce a été secondaire et pratiquement sans sanction¹⁸³³. Les réformes de 1966 et de 1978 ont bouleversé les données du problème. La publicité est, aujourd'hui, un élément essentiel de la personne morale¹⁸³⁴. L'existence même de la personnalité morale est subordonnée à l'immatriculation¹⁸³⁵. La distinction de la publicité aux fins d'opposabilité et de la publicité-support de l'existence d'une situation perd de sa pertinence¹⁸³⁶. Elle n'a pas de raison d'être là où l'existence se confond avec l'opposabilité. La publicité est un acte condition, créateur de la personnalité morale (I), dans la mesure où l'on constate l'intervention de l'autorité publique, même réduite à une chambre d'enregistrement, et la volonté des auteurs de l'acte de déclencher un statut¹⁸³⁷. Tous les

déclarative des actes juridiques, PA. 10 avril 1991, n° 43, p. 9.

1831 Sur le principe d'opposabilité : *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, par J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, 3^{ème} éd., LGDJ 2001, n° 723 sqq. On ne peut réduire la publicité à un simple élément du contrôle de la licéité de l'intérêt. En sens contraire : E. GAILLARD, thèse précitée, n° 276 (numéroté 275).

1832 Le terme *institution* est employé dans son sens juridique courant et non dans le sens où l'entend la théorie de l'institution.

1833 *Publicités légales et informations dans les affaires*, sous la direction d'A. SAYAG, collection Le droit des affaires, études du CREDA, Litec 1992, n° 109.

1834 Voir les articles L. 210-6 (sociétés commerciales), L. 251-4 (GIE) et L. 252-1 (GEIE) du Code de commerce. Voir également *Publicités légales et informations dans les affaires*, op. cit., n° 138 sqq., spéc. n° 144 sqq. Voir cependant B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements*, préf. Y. GUYON, Bibl. dr. priv. n° 331, LGDJ 2000, n° 504, qui rejette l'assimilation de l'opposabilité et de la jouissance de la personnalité morale. Il est vrai que le droit communautaire n'impose pas une telle identité.

1835 En ce sens : *Publicités légales et informations dans les affaires*, op. cit., n° 145.

1836 Sur la distinction : *Publicités légales et informations dans les affaires*, op. cit., n° 136 sqq.

1837 En ce sens : F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, préf. J.-A. MAZÈRES, Bibl. dr. Pub. t. 176, LGDJ 1997, p. 68 sq. Ces observations permettent d'écarter toute tentative de personnification du compte bancaire : l'enregistrement des comptes auprès de la Banque de France n'est pas

actes-conditions recensés ont pour effet de rendre opposable l'organisation. La disparition de la personnalité morale pose des problèmes différents qu'il ne faut pas ignorer (II).

I L'acquisition de la personnalité

567 La société peut être considérée comme constituée dès l'approbation des statuts par les associés fondateurs dans la mesure où le contrat de société est conclu dès ce jour. L'article 1842 du Code civil dispose que « jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations ». La société n'acquiert cependant la personnalité morale que par l'immatriculation¹⁸³⁸. Ce constat est une illustration de la distinction de l'organisation et de la personnalité morale dans la mesure où l'organisation existe sans la personnalité morale avant l'immatriculation.

568 **Incertitude de la date d'apparition de la personne morale**¹⁸³⁹. L'apparition de la personnalité morale est souvent précédée d'une période constitutive plus ou moins longue. Mais il est nécessairement un instant où l'institution passe du non-être à l'être juridique. La détermination exacte de ce moment n'est pas toujours aisée. La distinction de l'existence et de la jouissance de la personnalité morale semble irrecevable dans la mesure où il est exclu qu'il existe une personne morale avant toute capacité¹⁸⁴⁰. La question de la période constitutive des personnes morales ne se pose cependant pas dans le cadre des théories de la fiction ou des théories négatrices de la personnalité morale¹⁸⁴¹. Certains auteurs excluent encore aujourd'hui la notion de personne morale en gestation¹⁸⁴².

569 On a tenté de résoudre le problème par divers arguments. L'analogie entre la période constitutive et la vie utérine de l'enfant se

une formalité constitutive mais uniquement informative. Elle bénéficie non pas aux tiers mais aux pouvoirs publics. En sens contraire : C. GHICA LEMARCHAND, *Le compte en banque en droit pénal*, thèse dactyl., Paris II 2000, n° 37 sqq., spéc. n°151.

1838 Sur la publicité de l'acte d'organisation : voir ci-dessus, n° 665 sqq.

1839 Voir J.-P. GRIDEL, *La personne morale en droit français*, RIDC. 1990.495.

1840 En ce sens : J. -Cl. *Sociétés, traité, Personnalité morale des sociétés. Reconnaissance*, Fasc. 28-10, par Y. GUYON, refondu par V. MARTINEAU-BOURGUINAUD, n° 2.

1841 En ce sens : P. LESCOT, *Essai sur la Période Constitutive des Personnes Morales de droit privé*, thèse Dijon, Rousseau 1913, p. 2 sqq. On peut remarquer avec Madame Leroyer que plus la période intermédiaire est organisée moins la rétroactivité joue : A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse dactyl., Paris II 1995, n° 229.

1842 En ce sens : V. SIMONART, thèse précitée, n° 92.

trouve chez P. Lescot qui applique la maxime *infans conceptus* en matière de personnalité morale¹⁸⁴³. Selon cet auteur « la personne morale, durant sa période constitutive existe déjà [mais] elle ne fonctionne pas encore »¹⁸⁴⁴. Il ajoute que « son existence provisoire, limitée n'est que le prélude et la condition de son existence future »¹⁸⁴⁵. D'autres auteurs insistent, plus pertinemment, sur la spécificité de la constitution des personnes morales qui se développe dans le temps. L'idée d'une procédure de constitution est présente dans la théorie institutionnelle¹⁸⁴⁶. La procédure est, pour Hauriou, l'élément formel qui relie entre eux les différents éléments de l'opération de fondation¹⁸⁴⁷. C'est une caractéristique des actes complexes que d'être accompagnés d'une procédure¹⁸⁴⁸. L'acte complexe se distingue de l'acte simple dont l'unité est interne (unité de la volonté créatrice) ; l'acte complexe contient des éléments hétérogènes de consentement, bien qu'ils concourent à un même but, dont l'unité est assurée par une procédure¹⁸⁴⁹. On retrouve l'idée d'une unité dans la pluralité déjà rencontrée chez Saleilles¹⁸⁵⁰. Cette idée conduit nécessairement le chercheur à s'interroger sur le dernier acte de cette procédure¹⁸⁵¹ : la publicité.

570 L'absence de personnalité morale des organisations non publiées. Les organisations non publiées n'ont pas la personnalité morale. Aujourd'hui, la règle ne souffre guère d'exceptions. Il est vrai que certaines organisations ne sont soumises qu'à un léger formalisme dont l'efficacité en termes d'opposabilité réelle reste incertaine¹⁸⁵². Il n'est pas nécessaire de revenir longuement sur l'absence de personnalité morale de l'association

1843 P. LESCOT, thèse précitée, p. 245 sq.

1844 P. LESCOT, thèse précitée, p. 286. La réforme des sociétés commerciales avait conduit certains auteurs à douter que cette opinion soit encore juste après 1966 : M. DAGOT, *La reprise par une société commerciale des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce*, JCP. 1969, II, 2277, n° 2. La position de Lescot a été maintenue avec raison : M. GERMAIN, *Naissance et mort des sociétés commerciales*, in *Etudes dédiées à René Roblot. Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ 1984, p. 217, spéc. p. 225. Voir également L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 149.

1845 P. LESCOT, *ibid.*

1846 En ce sens : M. HAURIU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, article précité.

1847 *Ibid.*

1848 En ce sens : M. HAURIU, op. cit., 1^{ère} éd., p. 145.

1849 Voir M. HAURIU, op. cit., p. 152.

1850 R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 362 sq. Voir également chez : R. CLÉMENTS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Sirey 1935, p. 175.

1851 Voir B. LECOURT, thèse précitée, LGDJ 2000, n° 497 sqq.

1852 Voir ci-dessus, n° 521.

simple, c'est-à-dire non déclarée, ni sur l'absence de personnalité du syndicat qui n'a pas déposé ses statuts à la mairie. La société en participation que les associés sont convenus de ne pas immatriculer n'est pas non plus dotée, en elle-même du moins, de la personnalité morale¹⁸⁵³. Il semble enfin que l'absence de publicité de l'entreprise comme de celle du groupe justifie le refus de leur reconnaître la personnalité¹⁸⁵⁴. Il en est de même pour la section syndicale d'entreprise. Elle n'est soumise à aucune mesure de publicité. Elle n'est pas obligatoire comme le comité d'entreprise¹⁸⁵⁵.

571 Le statut des organisations irrégulières. Les organisations qui n'ont pas accompli les formalités nécessaires à leur opposabilité ne peuvent en principe acquérir la personnalité morale. Elles resteront des organisations de fait à défaut de réunir la totalité des éléments constitutifs de la situation de droit¹⁸⁵⁶. La question se pose uniquement pour les organisations d'origine volontaire pour lesquelles les formalités d'acquisition de la personnalité relèvent de la compétence des fondateurs. Elle ne se pose évidemment pas lorsque l'existence de l'institution est d'origine légale et lorsque la loi elle-même se charge de proclamer l'opposabilité de l'organisation. La sanction du défaut de publicité est exceptionnellement la nullité : c'est le cas de la SNC et de la SCS¹⁸⁵⁷.

572 La théorie de l'apparence peut-elle pallier l'absence de publicité ? Dès lors qu'il s'agit d'une question de publicité, la connaissance des tiers serait déterminante. Il serait possible d'admettre qu'un tiers ait pu croire légitimement que l'organisation avec laquelle il traitait avait la personnalité morale. Cette solution est de droit positif en Belgique¹⁸⁵⁸. Elle ne saurait cependant être transposée en droit français car les fondements des deux systèmes

1853 Le doute est permis au contraire lorsque les associés sont convenus, non pas d'immatriculer la société, mais de lui adjoindre une indivision conventionnelle publiée. La société emprunte alors son opposabilité, et sa personnalité, à l'indivision.

1854 Paris, 4 décembre 1971, JCP. 1972, II, 17071, note N. CATALA ; Soc., 22 mars 1979, BC., V, n° 267 ; Soc., 18 juillet 1979, BC., V, n° 646. Voir J. SAVATIER, *Les délégués syndicaux dans l'entreprise (loi du 27 décembre 1969) Première jurisprudence de la Cour de cassation*, D. Soc. 1970.236. Voir cependant A. CŒURET, *La nature juridique de la section syndicale d'entreprise*, D. Soc. 1973.27.

1855 J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *La présence du syndicat dans l'entreprise*, D. Soc. 1969.153.

1856 Sur la société créée de fait et les autres groupements créés de fait : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. priv. n° 212, LGDJ 1990, n° 296 sqq. et n° 365 sqq. **ADDE VACRATE...**

1857 Article L.235-2 du Code de commerce. Le droit belge connaît une solution radicalement différente : V. SIMONART, thèse précitée, n° 377.

1858 Voir V. SIMONART, thèse précitée, n° 400. Comparer avec l'article 331 du Code civil du Québec.

sont différents. Le droit français est en principe formaliste en matière d'acquisition de la personnalité, tandis que le droit belge est resté attaché au système de la libre constitution¹⁸⁵⁹. En droit français, il semble donc impossible de se fonder sur la théorie de l'apparence pour pallier l'absence de publicité, en raison du caractère essentiel de la publicité.

573 Pratiquement, la question essentielle est celle de l'erreur dans l'accomplissement des formalités d'acquisition de la personnalité morale. Cette erreur peut avoir des conséquences dommageables car il existe une grande diversité de procédures de publicité.

574 **Difficultés nées de la diversité des procédures de publicité.** La complexité des procédures de publicité est source d'incertitudes. Cela est d'autant plus regrettable que les procédures ne sont pas identiques pour toutes les personnes morales. Dans ces conditions, une erreur dans la procédure applicable a des conséquences radicales : le groupement n'acquiert pas la personnalité morale. Deux exemples suffisent à faire apparaître la difficulté de la question. Une société qui userait des formes de publicité prévues pour les associations s'expose au risque de perdre toute personnalité morale. Elle n'est pas une association et ne peut donc bénéficier de la personnalité reconnue aux associations. Mais elle n'a pas satisfait à l'obligation d'immatriculation imposée aux sociétés. Elle n'acquiert pas plus la personnalité des sociétés que celle des associations¹⁸⁶⁰. Elle sera considérée comme une société créée de fait, en l'absence d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés¹⁸⁶¹. Le syndicat également doit se soumettre à une formalité de publicité pour obtenir la personnalité morale : le dépôt des statuts en mairie¹⁸⁶². A défaut de publicité, le syndicat est dépourvu de toute personnalité juridique et ne peut jouir d'aucun des droits reconnus aux syndicats¹⁸⁶³. Les deux points sont liés. Il ne semble guère possible de distinguer entre l'existence de la personnalité morale et la jouissance des droits syndicaux. Certains auteurs ont cru pouvoir le faire sous

1859 V. SIMONART, thèse précitée, n° 80 sqq., spéc. n° 90 et 104 pour les sociétés commerciales. En dehors des sociétés, la proposition doit cependant être nuancée dans la mesure où le droit belge soumet l'acquisition de la personnalité par les associations à des formalités (V. SIMONART, op. cit., n° 95) et que le droit français est parfois présenté comme spontanéiste (V. SIMONART, op. cit., n° 108).

1860 P. HOANG, thèse précitée, n° 210.

1861 Mémento pratique Francis Lefebvre, *Association et Fondation*, n° 740 sqq.

1862 Articles L. 411-3 et R. 411-1 du Code du travail.

1863 En ce sens : J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 20^{ème} éd., Dalloz 2000, n° 536 sq. Voir Civ. II, 25 février 1965, D. Soc. 1965.508, note J. SAVATIER. Voir cependant J. SAVATIER, *Formalisme et consensualisme dans la constitution des syndicats et des sections syndicales*, D. Soc. 1989.304.

l'influence de la théorie de la réalité¹⁸⁶⁴. Les arrêts cités par ces auteurs, affirment que les syndicats dont les statuts n'ont pas été déposés ne jouissent pas des droits reconnus aux syndicats. Le fondement de cette solution se trouve en réalité dans l'absence de personnalité morale des groupements en cause. Bien qu'ils apparaissent comme une espèce d'association, les syndicats ne sont pas soumis aux mêmes règles de publicité que les associations. Lorsque les fondateurs d'un syndicat ont déclaré leur création à la préfecture et fait procéder à l'insertion au Journal officiel¹⁸⁶⁵, ils n'ont pas créé une personne morale mais un groupement de fait dépourvu de tous les attributs juridiques propres aux syndicats¹⁸⁶⁶. Il se trouve dans la même situation que le groupement qui n'aurait procédé à aucune formalité de publicité.

575 **Pour un système de publicité unifié.** La solution est regrettable. Elle est identique lorsque ce n'est pas la procédure de publicité qui a été mal choisie mais lorsque la forme était inadaptée et qu'il y a eu requalification de l'organisation. Si, en réalité, une association distribue des bénéfices, elle peut être requalifiée en société. Mais elle n'a pas procédé en principe à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés¹⁸⁶⁷. Elle est alors considérée comme dépourvue de toute personnalité morale. La variété des modes de publicité et l'absence d'unité des registres ne sont guère satisfaisantes pour l'esprit et présente de graves dangers pratiques¹⁸⁶⁸. La création d'un registre unique des personnes morales permettrait d'abandonner les solutions regrettables adoptées en cas d'erreur dans la procédure de publicité ou de requalification. Le premier problème ne se poserait plus en l'absence d'incertitude sur la procédure à suivre. La personnalité morale serait maintenue en cas de requalification. Le registre du commerce a déjà connu une extension aux sociétés et aux GIE. Le mouvement pourrait se poursuivre jusqu'à

1864 Voir J.-M. VERDIER, *Les effets du non dépôt de ses statuts par un syndicat*, D. Soc. 1978.380 ; J. SAVATIER, article précité.

1865 Selon la procédure en vigueur pour les associations : article 5 de la loi de 1901.
1866 Ils ne pourront conclure de convention collective, ni désigner de délégués syndicaux. Un syndicat requalifié en association perdrait de la même façon sa personnalité morale.

1867 Sous réserve des associations qui émettent des valeurs mobilières : article 3 de la loi n° 85-698 du 11 juillet 1985. Les prétentions des associations qui souhaitaient s'inscrire au registre du commerce et des sociétés ont été rejetées par la jurisprudence : Com., 1^{er} mars 1994, Dr. Soc. 1994, Comm. n° 88, note Th. BONNEAU ; Def. 1994, article 35881, n° 37, obs. H. HOVASSE ; RS. 1994.502, note Y. GUYON ; B. Joly 1994, 156, note M. JEANTIN ; RDSS. 1995.150, n° 1, obs. E. ALFANDARI.

1868 Sur l'absence de cohérence des publicités légales : *Publicités légales et informations dans les affaires*, op. cit.

en faire un registre des commerçants et des personnes morales. Pour les personnes morales l'immatriculation serait la condition de l'acquisition de la personnalité¹⁸⁶⁹.

576 **La constance de la personnalité morale malgré la variété des formes.** La variété des formes conduit-elle à un éclatement du concept de personnalité morale ? On pourrait le penser si l'on considère comme liées les deux propositions suivantes : l'acquisition de la personnalité morale est liée à l'adoption d'une forme déterminée de personne morale ; la personnalité morale dépend de la forme adoptée¹⁸⁷⁰. La théorie de la variabilité de la personnalité en fonction de la forme est une thèse relativement récente, semble-t-il. Elle est liée au développement de formes d'organisation toujours plus variées et nombreuses. Elle semble être particulière au droit français. Madame Simonart dans son étude de droit comparé cite en faveur de cette opinion uniquement la doctrine française¹⁸⁷¹. Cette observation est d'autant plus intéressante que les phénomènes qu'elle prétend expliquer sont connus dans d'autres systèmes juridiques¹⁸⁷². Elle conduit également à douter du bien-fondé de la théorie de la variabilité en fonction de la forme.

577 Cette doctrine de la variabilité est sans doute moins convaincante qu'elle paraît au premier regard. En effet, dire que l'acquisition de la personnalité morale est subordonnée à l'adoption d'une forme relève de la technique juridique tandis que l'affirmation de la variabilité de la personnalité morale en fonction de la forme relève de la théorie du droit¹⁸⁷³. Les deux propositions ne se situent pas sur le même plan¹⁸⁷⁴. On pourrait même contester en droit positif la justesse de la première proposition. Il semble que ce que l'on appelle *forme de personne morale* est davantage une *forme de l'organisation*. En réalité, il semble donc que le choix du type d'organisation implique une certaine procédure d'opposabilité afin d'acquérir la personnalité morale. On peut déduire, ensuite, de cette

1869 Sous réserve de certaines règles spécifiques à certaines organisations. Ainsi les fondations devraient-elles toujours obtenir la reconnaissance d'utilité publique car cet acte administratif a outre une fonction de publicité une fonction de police des institutions d'utilité publique. On pourrait cependant imaginer un système proche de celui des associations avec un principe de liberté pour les fondations simplement déclarées (dont les fondations d'entreprise pourraient fournir le modèle). En contrepartie seules les fondations reconnues d'utilité publique jouiraient d'une capacité étendue.

1870 Sur ces deux propositions : V. SIMONART, thèse précitée, n° 403 sq. et n° 405.

1871 V. SIMONART, thèse précitée, n° 403 sq.

1872 V. SIMONART, thèse précitée, n° 368 sqq.

1873 En ce sens : V. SIMONART, thèse précitée, n° 405.

1874 Sur cette critique : V. SIMONART, *ibid.*

observation qu'il n'y a aucune « incarnation de la personnalité dans la forme »¹⁸⁷⁵ mais au contraire une incarnation de la forme¹⁸⁷⁶ dans la personnalité morale¹⁸⁷⁷. Il convient, enfin, de remarquer que « le lien entre l'acquisition de la personnalité morale et l'adoption d'une forme d'organisation déterminée ne résulte nullement de la dépendance du concept à la forme »¹⁸⁷⁸. On suivra Madame Simonart dans cette affirmation sous une seule réserve. Il semble, en droit français tout au moins, que ce lien ne résulte pas davantage du principe du légalisme que du prétendu principe de variabilité¹⁸⁷⁹. A la différence de nombreux droits étrangers, le droit français ne reçoit pas le principe du légalisme dans toutes ses implications¹⁸⁸⁰. Cela explique peut-être que seule la doctrine française ait développé une théorie de la variabilité en fonction de la forme, puisqu'elle ne pouvait recourir au principe du légalisme.

578 Une autre explication reste cependant possible. Il s'agit, d'une part, de relever que l'acquisition de la personnalité morale dépend moins du choix d'une forme d'organisation que de l'opposabilité de celle-ci. Cette opposabilité est liée à certaines procédures dont l'essentiel consiste souvent en une publicité donnée à l'organisation. Ce n'est donc pas le choix d'une forme d'organisation qui aboutit à l'acquisition de la personnalité morale mais le respect d'une procédure de publicité. On peut affirmer ainsi que la personnalité elle-même est en principe indépendante de la forme d'organisation choisie¹⁸⁸¹. Il s'agit, d'autre part, de constater que le droit objectif impose le respect de modalités de publicité différentes selon le type d'organisation constituée. L'apparente variabilité de la personnalité morale en fonction de la forme est en réalité une conséquence de cette regrettable diversité des procédures de publicité des organisations. Cette diversité est d'autant plus contestable qu'elles ont toutes la même raison d'être : rendre opposable une organisation qui deviendra ainsi une personne morale. La personnalité morale sort en définitive intacte de cette étude qui a conduit à

1875 Voir V. SIMONART, *ibid.*

1876 L'organisation peut revêtir diverses formes.

1877 Qui, elle, reste unitaire.

1878 V. SIMONART, thèse précitée, n° 405.

1879 Pour la justification du lien entre acquisition de la personnalité morale et l'adoption d'une forme déterminée par le principe du légalisme : V. SIMONART, thèse précitée, n° 406.

1880 Pour une comparaison des différents systèmes : V. SIMONART, thèse précitée, n° 80 sqq.

1881 Le choix peut être celui des particuliers pour les institutions d'origine volontaire, mais il peut s'agir aussi du choix du droit objectif lorsqu'il s'agit d'une institution nécessaire.

remettre en cause son unité conceptuelle. Il est de son essence de rendre opposable à tous une organisation constituée dans un intérêt spécifique et peu importe que les modalités techniques qui aboutissent à cette opposabilité soient diversifiées : de ce point de vue, la personnalité morale tire sa constance de l'unité de finalité des techniques du droit positif. Ainsi est apparue avec netteté la distinction fondamentale de l'organisation et de la personnalité morale. Si la personnalité morale rend opposable une organisation destinée à la promotion d'un intérêt déterminé, elle n'est pas elle-même l'organisation. Il ne faut pas confondre ce qui relève de l'organisation et ce qui relève de la personnalité.

579 Remarque sur les sources de l'organisation et de la personnalisation. La loi a un double rôle en matière de personnalité morale : elle organise et elle personnifie. La décision de justice ne peut que personnaliser. L'acte juridique ne peut quant à lui qu'organiser. Le monopole de la loi affirmé par la théorie de la fiction légale ne peut donc être soutenu dans la mesure où la loi est concurrencée par l'acte juridique privé et, dans une certaine mesure, par la décision de justice. On comprend cependant l'erreur de cette doctrine : la loi seule peut à la fois organiser et personnaliser. Elle seule a un double rôle. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit seule à pouvoir remplir chacune de ces fonctions.

580 L'acquisition de la personnalité morale présente parfois des difficultés pratiques. Il est cependant acquis aujourd'hui qu'elle ne peut être envisagée en l'absence d'une mesure de publicité ou d'une décision de la loi afin de rendre opposable l'organisation. La perte de la personnalité morale obéit-elle aux mêmes principes ?

II La disparition de la personnalité morale

581 Dès lors que l'acquisition de la personnalité morale est subordonnée à une mesure de publicité, la logique commanderait qu'une mesure identique soit nécessaire pour faire disparaître la personne morale du monde juridique. Ce serait respecter un certain parallélisme des formes. Malgré tout ce que cette solution a de simple et de rationnel, elle ne s'impose pas d'évidence.

582 La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation du patrimoine. Il est impossible de cesser l'activité d'une personne morale sans procéder à la liquidation de son patrimoine. Au jour de la dissolution d'une société, par exemple, il peut exister des dettes ou des créances sociales qui ne sont pas encore liquides et exigibles. L'article 1844-8 alinéa 3 dispose que « la

personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci » afin de palier les inconvénients qui naîtraient d'une disparition brutale de la personnalité morale. L'article L. 237-2 du Code de commerce néglige l'exigence de publicité et ne fait référence qu'à la clôture des opérations de liquidation comme terme à la personnalité morale de la société. Le parallélisme des formes est donc imparfait en matière de société¹⁸⁸². Cela apparaît plus nettement encore si l'on considère l'application jurisprudentielle de la règle de survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation. La jurisprudence a refusé de lier disparition de la personnalité et radiation du registre du commerce. La chambre commerciale, en particulier, a affirmé le 30 mai 1978 l'absence de lien nécessaire entre les dispositions de l'article 5 de la loi de 1966 (devenu L. 210-6 du Code de commerce) et celles du décret d'application de la loi¹⁸⁸³. La publicité de la clôture est uniquement informative alors que la publicité initiale était constitutive. Une publicité constitutive n'implique pas une publicité abrogative au terme de la vie de la personne morale¹⁸⁸⁴. Alors que les dispositions du droit des sociétés sont claires et lient la disparition de la personnalité morale à la clôture de la liquidation ou à sa publicité, la jurisprudence a décidé que la personnalité subsistait aussi longtemps qu'il restait des droits sociaux à régler¹⁸⁸⁵. Elle affirme nettement l'absence de lien entre les formalités d'immatriculation et celles de clôture.

583 Monsieur Savaux voit ici un exemple de personnalité processuelle car il faut poursuivre en justice l'exécution des droits non liquidés¹⁸⁸⁶. Louis Josserand soutenait qu'il s'agissait d'une hypothèse de propriété collective plus que du maintien de la personnalité morale¹⁸⁸⁷. Selon Madame Leroyer, la dissolution fait apparaître un patrimoine d'affectation¹⁸⁸⁸. On peut également analyser la personnalité maintenue comme une personnalité morale réduite¹⁸⁸⁹. Il

1882 En ce sens : *Publicités légales et informations dans les affaires*, op. cit., n° 153 sqq. Voir également Th. BONNEAU, *Personnalité morale et radiation d'office du RCS*, Dr. Soc. 1994, Chr. 12.

1883 Com., 30 mai 1978, RS. 1979.361, note J.-C. BOUSQUET ; JCP. 1979, II, 19087, note Y. GUYON ; Com., 20 février 2001, B. Joly 2001, § 156, note J.-M. BAHANS. Voir les articles 266 et suivants du décret de 1967.

1884 M. GERMAIN, article précité, spéc. p. 228.

1885 Com., 13 février 1996, B. Joly 1996, §168, note J.-J. DAIGRE.

1886 E. SAVAUX, *La personnalité morale en procédure civile*, RTDCiv. 1995.1, n° 23.

1887 L. JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, in *Livre du centenaire du Code civil*, Paris 1904, p. 357, spéc. p. 370.

1888 A.-M. LEROYER, thèse précitée, n° 453.

1889 En ce sens : Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration de A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 117. Comparer avec l'idée d'organisation simplifiée de la société chez Christian Gavalda : Chr. GAVALDA, article

est vrai que la personnalité ne survit que pour les seuls besoins de la liquidation. On peut alors se demander s'il s'agit toujours bien d'une société. Le but lucratif semble avoir disparu puisqu'il n'est plus possible de continuer l'exploitation et de lancer de nouvelles opérations. Si la finalité et l'activité sont exclusivement liquidatives, on se rapproche de l'indivision. La société en liquidation n'est peut-être plus une société, ni même une propriété collective mais une indivision publiée et donc peut-être dotée de la personnalité morale. Cette analyse rendrait compte de la réduction de la capacité de la société en liquidation. Elle est cependant trop subtile et complexe pour emporter pleinement la conviction¹⁸⁹⁰.

584 La survie au-delà de la publicité de la clôture des opérations de liquidations devrait être écartée car il n'y a plus opposabilité de l'organisation qui a disparu. Cependant, le droit étant né à une époque où l'opposabilité était acquise, il peut paraître étonnant que les tiers puissent soutenir qu'ils n'avaient pas connaissance de l'organisation. La solution jurisprudentielle présente l'inconvénient majeur de laisser les anciens associés dans l'incertitude pendant une longue durée puisque la survie de la personnalité morale n'a en définitive aucune autre limite que celle imposée par la prescription¹⁸⁹¹. Une difficulté de taille conduit à douter de la pertinence de la solution. L'organisation, que la personnalité morale avait pour fonction de rendre opposable, a disparu. Se pose notamment la question de la représentation de la personne morale dissoute. La jurisprudence a admis qu'elle soit assurée en cas de besoins par un administrateur ad hoc¹⁸⁹². La protection des membres de la personne morale et celle des tiers est-elle bien assurée par une telle technique¹⁸⁹³ ? On peut en douter. En définitive, une réforme de la procédure de liquidation amiable serait souhaitable¹⁸⁹⁴.

585 Dans ces conditions, il est regrettable que la jurisprudence ait étendu la solution à d'autres personnes morales que les sociétés.

précité, spéc. n° 12.

1890 Voir cependant une proposition proche chez Monsieur Van Gysel : A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé. Faillites. Successions. Communautés. Sociétés*, Bruylant, Bruxelles 1994, p. 612 sqq.

1891 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF 1999, p. 495.

1892 Civ. II, 6 mai 1999, B. Joly 1999, § 232, note P. LE CANNU.

1893 Sur la survie de la personnalité morale afin de protéger les tiers : P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 133.

1894 Voir la suggestion de Monsieur Paul Didier : *Droit commercial*, t. 2, op. cit., p. 522. On pourrait prendre modèle sur la procédure de dissolution des sociétés unipersonnelles qui prévoit un droit d'opposition pour les créanciers (voir l'article 1844-5 du Code civil).

La personnalité des associations et des comités sociaux survit de la même façon que celle des sociétés pour les besoins de leur liquidation¹⁸⁹⁵. Ces extensions sont d'autant moins pertinentes en pratique qu'aucune publicité n'a été prévue. La protection des créanciers méritait sans doute une plus grande attention¹⁸⁹⁶.

586 Conclusion de la section II. La personnalité morale est donc un concept juridique fondé en partie sur la notion d'opposabilité. Cette notion fournit une forme à la personnalité morale et contribue à faire apparaître son unité et sa constance. Malgré la diversité des procédures, l'unité de la personnalité morale est assurée par l'identité de leur raison d'être. L'immatriculation au registre du commerce, la déclaration en préfecture et les autres mesures de publicité, n'ont d'autres raisons d'être que de rendre opposable l'organisation qui donne sa substance à la personnalité morale. Il n'y a donc aucune variabilité de la personnalité morale en fonction de la forme : il n'y a qu'une seule personnalité morale dont l'opposabilité est un élément essentiel.

SUPP TRANSFO

587 Conclusion du chapitre I. La personnalité morale présente un double aspect : elle est fondée tant sur un élément substantiel (l'intérêt distinct et organisé) que sur un élément formel (l'opposabilité). Elle apparaît, au terme de ce chapitre, comme un concept désignant l'opposabilité d'une organisation créée afin d'assurer la promotion d'un intérêt spécifique sélectionné parmi les intérêts des fondateurs et/ou des membres. L'opposabilité est le mode d'existence de la personne morale. Elle est rendue possible par la publicité de l'acte d'organisation. On peut désormais répondre à une critique adressée à la théorie de la personnalité morale comme centre d'intérêts. Madame Simonart lui reproche de négliger les considérations d'ordre social et de politique juridique qui entrent en compte dans l'attribution de la personnalité morale. Cette critique invite plus à un approfondissement de la théorie de la personnalité morale comme centre d'intérêts, qu'à son rejet. Si cette théorie néglige un aspect du droit positif, il faut la compléter. Or, en droit français tout au moins, l'aspect social de la personnalité morale se manifeste dans l'exigence d'opposabilité de l'organisation. Les

1895 A propos de comité d'entreprise : TGI. Paris, 2 décembre 1971, DO. 1972.105 ; Paris, 6 juin 1977, DO. 1978.21. Voir également pour la masse des obligataires : Com. 7 mars 1967, BC., III, n° 105.

1896 Voir R. BRICHET, *Associations et syndicats*, 6^{ème} éd., Litec 1992, n° 1650. Seule la communauté échappe en toute hypothèse à la survie de la personnalité en vertu de l'article 1442 du Code civil qui prohibe la communauté continuée.

formalités de dépôt ou d'immatriculation ne sont pas uniquement des mécanismes de contrôles de la licéité, elles ont aussi pour finalité de rendre opposable à tous une organisation. Leur accomplissement suffit, en droit positif, pour faire apparaître une nouvelle personne juridique.

588 A ce stade, la constance du concept de personnalité morale n'est pas remise en cause. Elle est même renforcée par un approfondissement théorique du concept. Intérêt, organisation et opposabilité sont les trois éléments constitutifs de toute personne morale. S'il n'est guère convaincant de soutenir que la personnalité morale est variable en fonction de la forme, peut-être peut-on soutenir qu'elle est variable en fonction des attributs qu'on lui reconnaît.

Chapitre II Les attributs de la personnalité morale

589 La séparation des personnes implique l'existence d'attributs propres à la personne morale. Ceux-ci ne sont pas nécessairement dans la dépendance des droits reconnus aux individus qui ont créé l'organisation ou la font fonctionner. Les attributs de la personne morale sont nombreux et les plus courants sont réunis traditionnellement sous le terme de capacité (section I). Parmi eux, la jouissance d'un patrimoine autonome présente une singulière importance qui justifie une étude séparée (section II).

Section I La capacité des personnes morales

590 Si la personne morale est une personne, elle est donc en principe capable des actes de la vie civile¹⁸⁹⁷. Mais plus encore que la capacité de principe de la personne morale à être sujet de droits subjectifs (§1), c'est l'étendue de cette capacité qui doit être étudiée (§2).

§ 1 Le principe de la capacité de la personne morale

591 La capacité de principe de la personne physique ne pose guère de problème. Il en est autrement pour la personne morale. Le principe même de sa capacité est l'occasion de poser une question fondamentale : celle de la nationalité des personnes morales. Aussi avant de dresser un bref inventaire des droits dont peut jouir la personne morale (II), il faut aborder la question de sa nationalité dans la mesure où elle détermine en principe la loi applicable en matière de capacité, du moins pour les personnes physiques (I).

I La détermination de la capacité en droit international privé

592 **Nationalité ou lex societatis ?** La question de la détermination de la capacité de la personne morale en droit international privé conduit à poser la question de la nationalité des personnes morales. Le droit international privé français lie en effet traditionnellement capacité et nationalité. La capacité est déterminée, en effet, par référence au statut personnel qui dépend lui-même en droit français de la nationalité de la personne¹⁸⁹⁸. La pertinence de la question n'est pas évidente dans la mesure où la notion de nationalité

¹⁸⁹⁷ Sur cette fusion des notions de capacité et de personnalité : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 94. Sur un exemple en droit processuel : E. SAVAUX, *La personnalité morale en procédure civile*, RTDCiv. 1995.1, spéc. n° 16.

¹⁸⁹⁸ Article 3 alinéa 3 du Code civil.

renvoie à celle de citoyenneté. Seules les personnes physiques peuvent être, *a priori*, citoyennes d'un Etat. La reconnaissance d'une nationalité aux personnes morales pose alors deux séries de problèmes. D'une part, l'existence même d'une nationalité des personnes morales peut être discutée. D'autre part, si les personnes morales jouissent d'une nationalité propre, le rôle de celle-ci reste à définir. La question de la détermination de la nationalité relève davantage de l'étude de la transparence car elle implique une prise de position sur la nature du contrôle. La prise en compte du contrôle est d'ordinaire tenue pour une négation de la personnalité morale¹⁸⁹⁹ de la société ce qui justifie son étude au titre de la transparence de la personnalité morale¹⁹⁰⁰. S'il semble permis de reconnaître une nationalité au personne morale, il paraît en revanche beaucoup plus difficile d'en faire le critère de détermination de la capacité.

593 La reconnaissance de la nationalité des personnes morales. La loi elle-même applique la notion de nationalité aux personnes morales¹⁹⁰¹. Ce constat suffit à légitimer, sinon l'institution¹⁹⁰², du moins l'interrogation. La question a donné lieu à une importante controverse doctrinale¹⁹⁰³. Elle doit être rattachée, dans un premier temps, au principe de séparation, dans la mesure où il s'agit de déterminer si une personne morale peut avoir une nationalité propre. Un jugement du tribunal civil de Nancy de 1883 a nettement lié les deux questions¹⁹⁰⁴. Ce jugement a affirmé qu'« une société commerciale constitue un être moral distinct de la personnalité des associés [et] que par suite, elle a sa nationalité propre, de même qu'elle a son patrimoine propre et indépendant du patrimoine personnel de ceux-ci ». La question de la nationalité des personnes morales doit être traitée sur le terrain de la technique juridique afin de pouvoir en tirer des conséquences fiables sur le terrain de la théorie de la personnalité morale. Comme la personnalité morale, la nationalité est une « technique juridique, qui permet de répondre aux

1899 Voir B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, préf. de H. BATIFFOL, 3^{ème} éd., Dalloz 1998, n° 50-3, à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 30 mars 1971.

1900 Voir ci-dessous, n° 1036 sqq. et n° 1084 sqq.

1901 Articles L. 222-9, L. 223-30 et 225-97 du Code de commerce.

1902 Voir P. MAYER, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Coll. Domat, Montchrestien 1998, n° 1043.

1903 Voir Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, préf. H. BATIFFOL, Sirey 1969, n° 238 sqq.

1904 T. Civ. Nancy, 16 avril 1883, S. 1888.2.91, note E. CHAVEGRIN.

multiples questions que posent, dans les relations internationales, l'existence et l'activité » des personnes morales¹⁹⁰⁵.

594 Le choix entre la théorie de la réalité et celle de la fiction impliquerait une prise de position sur la question de la nationalité des personnes morales¹⁹⁰⁶. En réalité il n'en est rien. Un défenseur de la fiction peut soutenir qu'une personne morale est rattachée à l'autorité de l'Etat qui lui a donné son statut juridique¹⁹⁰⁷. Mais un autre défenseur de la même doctrine pourra contester la pertinence de la notion de nationalité appliquée aux personnes morales¹⁹⁰⁸. Alors qu'un tenant de la théorie de la réalité peut sans contradiction rattacher la personne morale à l'Etat qui lui a donné son statut ou encore admettre la variabilité de la nationalité en fonction de la règle applicable¹⁹⁰⁹. Il a été soutenu en effet qu'une personne morale pouvait avoir une nationalité variable. Le tribunal des conflits a relevé en 1959 que la notion de nationalité des sociétés n'est définie par aucun texte général¹⁹¹⁰. Il en a déduit qu'elle doit être déterminée au regard des dispositions dont l'application à la société est en cause. Une même personne morale aurait alors une nationalité variable en fonction de la règle de droit à appliquer : la nationalité deviendrait alors une notion fonctionnelle. Plutôt que de reconnaître une pluralité de nationalités, il a paru préférable à certains auteurs de n'en reconnaître aucune¹⁹¹¹.

1905 En ce sens : J. HAMEL, *Faut-il parler de « nationalité » des sociétés commerciales*, in *Ius et lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Verlag Helbing & Lichtenbahn, Basel 1959, p. 365, spéc. p. 369.

1906 Voir H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse dactyl., Rennes I 1979, n° 68, p. 155.

1907 Voir Fr. LAURENT, *Droit civil international*, t. IV, Bruylant-Marescq, Bruxelles-Paris 1880, n° 119 sqq.

1908 J.-P. NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés ?*, RCDIP. 1927.402. Voir également à propos de la nationalité des associations : Fr. LUCHAIRE, *La « nationalité » des associations*, in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Voirin*, LGDJ 1966, p. 558.

1909 Voir R. SAVATIER, *Cours de droit international privé*, 2^{ème} éd., LGDJ 1953, n° 44 sqq., qui admet la variabilité de la nationalité des personnes morales ; A. PILLET, *Des personnes morales en droit international privé. Sociétés étrangères (civiles et commerciales). Etats, Etablissements publics, Associations, Fondations*, Sirey 1914, n° 29 sqq. (profession de foi réaliste) et n° 82 et n° 112 sqq. (critique de la notion de spécialité et critère du contrôle).

1910 TC., 23 novembre 1959, D. 1960.223, note R. SAVATIER ; RCDIP. 1960.180, note Y. LOUSSOUARN ; JCP. 1960, II, 11430, note P. AYMOND ; JDI. 1961.442, note B. GOLDMAN. Voir également R. DEMOGUE, note sous T. Civ. Lille, 21 mai 1908, S. 1908.2.177.

1911 Voir P. BASTID, F. LUCHAIRE, *La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 159 sqq., spéc. p. 160.

Que l'on reconnaisse plusieurs nationalités ou que l'on en reconnaisse aucune, dans tous les cas, la nationalité des personnes morales ne ressemble guère à celle des personnes physiques.

595 L'analogie avec la nationalité des personnes physiques se trouve cependant dans certaines décisions. Ainsi dans l'affaire de la Barcelona Traction, la Cour Internationale de Justice a fondé sa solution sur une analogie avec la nationalité des personnes physiques¹⁹¹². On relève cependant des différences fondamentales entre la nationalité des personnes physiques et celle des personnes morales¹⁹¹³. Les critères d'attribution sont nécessairement différents et, en particulier, une personne morale n'a pas de parents. Les effets sont également très différents : une personne morale ne vote pas aux élections politiques. Ces arguments ne sont pas décisifs car les Etats n'accordent pas toujours leur nationalité selon des critères uniformes¹⁹¹⁴. De plus, la nationalité n'entraîne pas toujours les mêmes effets¹⁹¹⁵. Enfin, les auteurs qui contestent la notion de la nationalité des personnes morales sont contraints de reconnaître l'existence d'une allégeance politique des personnes morales à l'égard des Etats¹⁹¹⁶. Si l'utilisation du terme nationalité peut être critiquée, la reconnaissance d'une nationalité aux personnes morales est tout de même apparue nécessaire au regard de l'utilité pratique du concept¹⁹¹⁷.

596 Il semble préférable, en définitive, de faire l'économie du détour par la nationalité afin de déterminer la capacité de la personne morale. On peut soutenir que la *lex societatis* détermine en principe la capacité de la personne morale. La capacité des individus dépend en droit français de la loi nationale en application de l'article 3 alinéa 3 du Code civil bilatéralisé par la jurisprudence. Il convient d'écarter ici toute référence à la notion de statut personnel. La Cour de cassation a cependant recouru à l'analogie regrettable de la capacité des personnes physiques et des personnes morales et à la notion de statut

1912 CIJ., 5 février 1970, Ph. FRANCESKAKIS, *Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux ; L'arrêt « Barcelona » de la Cour internationale de justice*, RCDIP. 1970.609.

1913 En ce sens : A. PILLET, op. cit., n° 80 sqq., spéc. n° 82 ; J.-P. NIBOYET, article précité ; du même auteur, *Cours de droit international privé*, Sirey 1946, n° 257 ; P. CHAUVEAU, *Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés*, RGDCOM. 1938.397. Sur l'anthropomorphisme en matière de nationalité : R. SAVATIER, note sous TC., 23 novembre 1959, D. 1960.223.

1914 Voir P. MAYER, op. cit., n° 1043. Voir également : B. OPPETIT, note sous Civ. III, 8 février 1972 et Civ. I, 18 avril 1972, JDI. 1973.218.

1915 Voir P. MAYER, op. cit., n° 1043.

1916 Pour un exemple : P. BASTID, F. LUCHAIRE, article précité.

1917 Voir P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 352. Voir ci-dessous, n° 1100 sqq.

personnel appliqué aux personnes morales¹⁹¹⁸. Cette idée que la *lex societatis* est la loi personnelle de la société n'a aucun sens dans la mesure où la *lex societatis* régit avant tout les rapports internes¹⁹¹⁹. Au contraire, elle illustre à nouveau un anthropomorphisme critiqué à plusieurs reprises. Elle est nuisible et ne doit plus venir obscurcir le débat. Les incapacités de jouissance des personnes physiques, par exemple, sont déterminées par les règles qui régissent l'institution en cause. Sur ce point, la solution retenue pour les personnes morales diffère. Selon Monsieur Lévy, les incapacités de jouissance relève de la *lex societatis* et non de la loi de l'institution en cause¹⁹²⁰. En réalité, les incapacités de jouissance des personnes morales sont souvent le résultat de lois de police. C'est pour cette raison qu'elles échappent parfois à la *lex societatis*.

II La capacité de la personne morale en droit interne

597 Si la personne morale est un sujet de droit, il sera aisé d'identifier quelques-uns de ses droits ou liberté qui manifeste sa capacité. On constatera ainsi qu'elle est capable d'être propriétaire, de produire des actes juridiques et notamment de participer à la conclusion de contrats, et d'agir en justice. La personnalité morale n'étant pas uniquement une institution de droit patrimonial, la personne morale peut être titulaire de droits extra-patrimoniaux.

598 **La propriété des personnes morales.** La personne morale a le plus souvent besoin d'un patrimoine pour accomplir sa mission que celle-ci soit l'enrichissement des membres ou une activité altruiste¹⁹²¹. L'importance du patrimoine dans les groupements à but lucratif est manifeste. L'ensemble des biens d'une société prend ainsi le nom de capital. La considération du capital est également le critère de classifications des sociétés. On distingue ainsi les sociétés de personnes, sociétés civiles et en nom collectif notamment, des sociétés de capitaux, sociétés anonymes particulièrement. Dans les organisations sans but lucratif, le capital devient souvent secondaire, tout en restant un élément nécessaire à la réalisation de l'intérêt de la

1918 Civ., 4 juillet 1923, S. 1925.1.81, note J.-P. NIBOYET. La Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel au visa de l'article 3 du Code civil.

1919 Voir M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. priv. n° 285, LGDJ 1997, n° 20 ; R. LIBCHABER, note sous Com., 9 avril 1991, RS. 1991.746.

1920 L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, préf. B. GOLDMAN, Bibl. dr. priv. n° 181, LGDJ 1984, n° 71.

1921 Sur la séparation des patrimoines : voir ci-dessous, n° 768. La propriété des *universitas* était reconnue à Rome : D. 1.8.2.

personne morale. Le patrimoine revêt alors un caractère instrumental. On peut cependant transposer la distinction des organisations de personnes et des organisations de capitaux. Les associations relèvent de la première catégorie, tandis que les fondations, qui ne sont pas des groupements, relèvent de la seconde. Les biens qui composent le patrimoine peuvent être tant meubles qu'immeubles, tant corporels qu'incorporels. Il est vrai cependant que certaines personnes morales, notamment les associations, voient la composition de leur patrimoine régie par des règles particulières¹⁹²². On peut enfin remarquer que le patrimoine présente un double intérêt pratique pour la personne morale qui en est titulaire. Il est avant tout une masse de biens¹⁹²³ nécessaire à la réalisation du but de la personne morale¹⁹²⁴. Mais il est aussi, dans certaines organisations, un lieu de transit de valeurs, comme dans le syndicat des copropriétaires d'un immeuble bâti. La consistance du patrimoine a été l'objet de débats, mais il est évident que son existence est indispensable afin de permettre la réalisation des mouvements de valeurs entre les patrimoines des copropriétaires et les tiers. C'est grâce à l'existence d'un patrimoine que le syndicat apparaît comme un procédé perfectionné de répartition des charges.

599 La capacité de contracter. Une propriété dont on ne peut disposer n'est qu'un fantôme de propriété. La capacité de contracter est donc avant tout le moyen pour la personne morale de se constituer un patrimoine. Elle est cependant loin d'être réduite à ce rôle accessoire. La capacité de contracter sert non seulement à faire entrer des biens dans le patrimoine de la personne morale mais également à disposer de ces biens. Elle permet ainsi de faire sortir des biens du patrimoine en échange de monnaie. De nombreuses personnes morales ont recours à des salariés pour l'exécution de tâches indispensables à la satisfaction de leur intérêt : elles doivent avoir la capacité de contracter pour conclure des contrats de travail. Parfois la personne morale se voit reconnaître le pouvoir de participer à l'élaboration d'actes juridiques d'une nature particulière dont les effets s'étendent au-delà de la sphère des parties et des personnes représentées. Il s'agit des conventions collectives et notamment de celles conclues par les organisations syndicales¹⁹²⁵.

1922 Article 6 de la loi de 1901.

1923 A la masse des biens correspond l'ensemble des dettes de la personne.

1924 Chaque bien concourt à la réalisation du but directement en présentant certaines utilités concrètes, et indirectement en fournissant crédit et revenus.

1925 Articles L. 131-1 sqq. du Code du travail. Voir J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, op. cit., n° 767 sqq.

600 En matière contractuelle, le principe de séparation trouve quelques illustrations éclairantes. La distinction des personnes qu'implique la personnalité morale apparaît dans plusieurs décisions. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1961, la chambre commerciale a censuré la décision de juges d'appel qui avait ordonné aux associés d'une société locataire d'un local de libérer les lieux et les avait condamnés à payer l'indemnité d'occupation¹⁹²⁶. Elle affirme que la société locataire « ayant une personnalité juridique distincte de celle des associés », elle ne pouvait être tenue pour un occupant du chef de ce dernier¹⁹²⁷. L'existence de deux sujets de droit distincts autorise même la conclusion de contrats entre eux. Il est ainsi possible à une société de vendre ou d'acheter un bien à l'un de ses membres. De telles conventions forment parfois l'essentiel de l'activité juridique des personnes morales¹⁹²⁸. Parfois ces conventions font l'objet d'une réglementation particulière en raison des risques de conflits d'intérêts¹⁹²⁹.

601 **La capacité d'ester en justice.** Plusieurs développements ont déjà été consacrés à la personnalité morale en procédure civile¹⁹³⁰. Il est déjà évident que l'action en justice est l'un des moyens privilégiés dont dispose une personne morale pour réaliser sa mission. Elle devient essentielle dans certains groupements à but non lucratif, comme les associations de défense. Elle tend parfois au simple respect des droits de la personne morale ou des membres du groupement. Elle poursuit d'autres fois une modification du droit plus que son application¹⁹³¹. Certaines organisations reçoivent un pouvoir d'action étendu qui leur permet de demander en justice la réparation d'un préjudice qui ne leur est pas personnel¹⁹³². Le rôle de l'action en justice est au contraire moins important dans les groupements à but

1926 Com., 8 novembre 1961, BC., III, n° 402 ; RTDCom. 1962.422, obs. R. RODIÈRE, R. HOUIN.

1927 Le cas d'espèce est encore plus remarquable si l'on constate que les associés occupants étaient les seuls membres de la société : circonstance que la Cour d'appel déclare « sans effet ».

1928 C'est le cas des sociétés coopératives : article 3 de la loi du 10 septembre 1947. Malgré l'évolution de la coopération, la remarque reste juste : les dispositions des articles 3 et 3bis de la loi de 1947 issues de la loi du 13 juillet 1992 restent des exceptions par rapport au principe de l'article 3 alinéa 1^{er}.

1929 Sur les conventions réglementées : voir ci-dessus, n° 342 sqq.

1930 Voir ci-dessus, n° 299 sqq., n° 542 sqq. D'autres développements lui seront consacrés plus loin : voir ci-dessus, n° 971. Sur la personnalité morale en procédure civile : E. SAVAUX, *La personnalité morale en procédure civile*, RTDCiv. 1995.1.

1931 En ce sens : Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 518 sqq.

1932 Sur l'action d'intérêt général : voir ci-dessus, n° 401 sqq.

lucratif tels que les sociétés commerciales pour lesquelles le contentieux est un centre de coûts dont il faut réduire le poids.

602 Les droits extra patrimoniaux. La personnalité morale n'est pas un concept purement patrimonial. La personne morale est une personne, un sujet de droit qui peut être nommé ou atteint dans sa réputation. On peut lui reconnaître des droits extra-patrimoniaux sans pour autant sombrer dans un anthropomorphisme critiquable. Le nom de la personne morale mérite d'être protégé. Son honneur même a pu être atteint. On a parfois reconnu une vie privée aux personnes morales. On perçoit cependant que l'on s'approche de la limite de ce que le sens commun peut admettre comme abstraction. Il faut rester dans de saines frontières et garder le sens de la mesure.

603 Des prérogatives particulières à certaines formes de personnes morales. Il convient de se garder de tout anthropomorphisme lorsque l'on étudie les attributs de la personnalité morale. La personne physique et la personne morale sont l'une et l'autre des sujets de droit qui peuvent en tant que tels être propriétaires, conclure des contrats et agir en justice. Cependant il n'y a aucune raison pour que la personnalité morale voie son régime copié sur celui de la personnalité physique. On a déjà remarqué à l'occasion de ce bref inventaire des droits dont jouit la personne morale que certains d'entre eux présentent quelques particularités. Les associations notamment reçoivent parfois un pouvoir d'agir en justice étendu alors que leur patrimoine immobilier est souvent limité. Dans un cas comme dans l'autre, il n'existe aucune règle comparable pour les personnes physiques. La différence est plus grande encore lorsque la personne morale jouit de droits propres aux personnes morales comme le droit de conclure des conventions collectives. La difficulté est également grande lorsque l'on considère que l'étendue des droits dont jouit la personne morale varie d'une espèce à l'autre. Les attributs de la personnalité morale doivent en conséquence être déterminés avec autant de précision que de mesure en ayant égard au particularisme de la condition juridique de la personnalité morale¹⁹³³.

604 La reconnaissance de droits aux personnes morales conduit à poser clairement la question de l'étendue de leur capacité.

1933 Pour reprendre le titre de l'œuvre magistrale de Pierre Coulombel : P. COULOMBEL, thèse précitée.

§ 2 L'étendue de la capacité de la personne morale

605 L'étendue variable des droits reconnus aux personnes morales de droit privé a conduit la doctrine à élaborer une théorie de la personnalité morale à géométrie variable. La personnalité morale n'apparaît plus alors comme un concept à valeur constante, une notion conceptuelle, mais comme une notion floue (I). Son caractère opérationnel risque dans de telles conditions d'être remis en cause. Cette théorie doit en conséquence être soumise à la critique. On constatera alors que seule la capacité de la personne morale varie et non la personne elle-même (II).

I La théorie de la personnalité morale à contenu variable

606 On peut distinguer deux variantes dans la théorie de la variabilité de la personnalité morale. Dans une première formulation, la personnalité varie d'une personne morale à l'autre ; dans une autre formulation, il existerait une personnalité processuelle à côté de la personnalité substantielle. Ces propositions ne sont pas liées entre elles et les auteurs qui soutiennent l'une ne se reconnaissent pas nécessairement dans l'autre. On peut même affirmer que les partisans de la théorie de la personnalité processuelle n'ont pas toujours conscience de soutenir une thèse comparable à celle de la variabilité substantielle. Ces observations liminaires justifient une étude séparée de la variabilité de la personnalité substantielle (A) et de la reconnaissance de la personnalité processuelle (B).

A) La variabilité de la personnalité substantielle

607 L'opinion selon laquelle la personnalité morale ne serait pas un concept unitaire mais une institution au contenu variable n'est pas nouvelle¹⁹³⁴. Saleilles lui-même a semblé y adhérer lorsqu'il a employé l'expression de petite personnalité¹⁹³⁵. Cette opinion ne semble pas propre au droit français¹⁹³⁶. Les défenseurs de la théorie de la fiction l'ont soutenue les premiers¹⁹³⁷. Hamel a défini les limites de la personnalité morale dans un article resté célèbre¹⁹³⁸. Il mettait en garde les juristes contre une extension systématique des attributs des personnes physiques aux personnes morales¹⁹³⁹. Hamel invitait également la doctrine à s'intéresser aux groupements sans personnalité morale afin de mieux connaître la personnalité morale elle-même¹⁹⁴⁰. La variabilité de la personnalité morale en fonction des droits reconnus n'est pas la seule hypothèse de variabilité selon la doctrine. On sait ainsi que la forme adoptée est parfois considérée comme un facteur de variabilité de la personnalité morale¹⁹⁴¹.

608 Bruno Oppetit a soutenu, à l'issue d'une étude approfondie des relations des personnes morales et de leurs membres, que le concept est relatif au sens de variable¹⁹⁴². On ne saurait cependant

1934 Voir CH. BEUDANT, note sous Req., 10 décembre 1878, DP. 1879.1.5 ; Th. TISSIER, *Répertoire de droit administratif de L. Béquet*, t. XII, P. Dupond éd. 1895, V° *Dons et legs*, p. 95. Voir également J. ESPINAY, *De la capacité juridique des associations formées sans but lucratif et non reconnues d'utilité publique. Etudes d'histoire, de jurisprudence et de législation sur les formes inférieures de la personnalité morale*, thèse Lille, Rousseau 1897, dont le sous-titre est évocateur. Voir également E. ROGUIN, *La science juridique pure*, t. 2nd, LGDJ-Librairie Rouge & C^{ie}, Paris-Lausanne 1923, n° 635 sqq.

1935 R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., Rousseau 1922, p. 318. Comparer avec l'idée d'un sujet de droit partiel chez Demogue : R. DEMOGUE, *La notion de sujet de droit*, RTDCiv. 1909.611.

1936 Voir *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, notamment le rapport allemand : U. DROBNIG, *Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand*, p. 27 sqq., qui étudie « les personnes morales incomplètement développées » du droit allemand (les sociétés de personnes) et le rapport suisse de J.-M. GROSSEN, *La personnalité morale et ses limites en droit suisse*, p. 143 sqq., spéc. p. 148 sq. J.-P. BEGUET, PH. BARBIER, *Personnalité morale et autonomie patrimoniale en droit français et en droit italien*, Annales de la faculté de droit de l'université de Toulon et du Var 1977-1978, p. 77 sqq., spéc. p. 114 sqq.

1937 Voir CH. BEUDANT, note sous Req., 10 décembre 1878, DP. 1879.1.5.

1938 J. HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, Chr. 141. Sur la différence entre limites et relativité : Fr. TERRÉ, préf. à N. FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Bibl. dr. priv. n° 214, LGDJ 1992, p. IV.

1939 Ibid.

1940 Ibid. Voir la réalisation de ce souhait par Monsieur Dondéro : B. DONDÉRO, *Les groupements sans personnalité juridique en droit privé*, thèse dactyl., Paris X 2001.

1941 Voir ci-dessus, **n° 680**.

1942 B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 385 sq. et p. 458.

parler d'effets variables selon cet auteur, dans la mesure où un concept, construit par la science du droit¹⁹⁴³, ne peut avoir aucun effet. Dans ce cadre théorique, on constate seulement que le droit objectif peut « réserver telle ou telle disposition à un type déterminé de groupements, à l'exclusion des autres types »¹⁹⁴⁴. La question du rapport de principe à exception qui se posait dans la théorie classique ne se pose évidemment plus. Malgré la thèse de Bruno Oppetit, la doctrine continue de recourir à l'idée d'une personnalité variable. La théorie de la variabilité de la personnalité morale est toujours très répandue dans la doctrine contemporaine¹⁹⁴⁵. Des manuels présentent également la personnalité morale comme une institution à contenu variable¹⁹⁴⁶. Cette théorie est une conséquence de la critique de l'anthropomorphisme traditionnel. Elle ne réussit pas cependant à s'en détacher complètement car elle suppose que la personne physique est la personne par excellence, la seule à atteindre la perfection de la personnalité, depuis que l'esclavage et la mort civile ont disparu. On définit encore la personnalité morale par référence à la personne physique.

609 **La spécialité.** La spécialité légale ou statutaire limiterait selon certains la personnalité morale. La spécialité légale impose à la personne morale sa finalité, tandis que la spécialité statutaire lui assigne son activité¹⁹⁴⁷. L'une et l'autre ont pour effet de limiter l'action des personnes morales. Il n'y a qu'un pas pour passer de cette proposition, neutre au regard de la théorie de la personnalité morale, à une affirmation beaucoup plus lourde de sens. On dira alors que la personnalité de l'institution est limitée et qu'elle varie d'une espèce de

1943 Quand bien même le droit objectif recourrait lui-même au concept : B. OPPETIT, thèse précitée, p. 444.

1944 B. OPPETIT, thèse précitée, p. 459. Cette opinion a été exprimée lors des travaux préparatoires à la loi du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectifs en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances : JO. débats AN 13 décembre 1988), p. 3621 (intervention de M. Colcombet).

1945 Voir Cl. CHAMPAUD, *Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français*, in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXI, *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Dalloz 1974, p. 117 sqq., spéc. p. 141 ; Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. priv. n° 216, LGDJ 1991, n° 209 ; N. FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, préf. F. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 214, LGDJ 1991, n° 6.

1946 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les personnes. Les incapacités*, par Ph. MALAURIE, Cujas 1994, n° 370 ; H. L. J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 2, *Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8^{ème} éd. par Fl. LAROCHE-GISSEROT, Montchrestien 1997, n° 758 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 9^{ème} éd., collection Domat, Montchrestien 1999, n° 789.

1947 Voir ci-dessus, n° 184 sqq.

personne morale à l'autre. En dehors de sa spécialité, une organisation n'aurait alors aucune personnalité morale¹⁹⁴⁸. Il s'agit d'une nouvelle tentative de remise en cause de l'unité du concept de personnalité morale. La question de la spécialité a été très débattue en particulier en matière de libéralités. Tissier niait ainsi la possibilité pour les sociétés civiles et commerciales de recevoir à titre gratuit, au motif qu'elles « n'ont pas été investies par le législateur de tous les attributs de la personnalité morale »¹⁹⁴⁹.

610 Dans le cadre de la théorie de la fiction, la spécialité légale apparaît comme une véritable incapacité dont la sanction est la nullité tandis que pour les défenseurs de la réalité elle n'est souvent qu'une règle de bonne administration¹⁹⁵⁰. Le débat est sans doute faussé par des arguments de type anthropomorphique. En réalité, les personnes morales ne bénéficient pas du principe de l'égalité civile ; elles ne peuvent être assimilées aux personnes physiques¹⁹⁵¹. La spécialité légale conduit essentiellement à distinguer deux types de personnes morales. Il y aurait d'une part les personnes morales à finalité lucrative et celles à finalité non lucrative. Les actes qui ne correspondent pas à la finalité imposée à la personne morale n'auraient aucun support. En cas de violation de la spécialité légale, la personnalité s'effacerait sous l'acte, qui sombrerait alors dans le néant du droit. La personnalité serait imparfaite et certains actes lui seraient interdits. Les sanctions possibles sont de plusieurs types. Elles peuvent atteindre l'acte ou la personne. La nullité de l'acte qui sort de la spécialité de la personne morale est l'exemple type de la sanction qui peut atteindre l'acte¹⁹⁵². L'annulation des décisions des comités inspirées par des considérations étrangères aux intérêts des salariés de l'entreprise fournit un exemple de ce type de sanction. Le comité d'entreprise a pour finalité, pour spécialité légale, d'assurer l'expression des intérêts des salariés de l'entreprise et ne peut prendre en charge les frais de déplacement de salariés afin de se rendre à une manifestation à caractère syndical¹⁹⁵³. La requalification,

1948 Voir L. VIGNON, *Le principe de la spécialité et les être collectifs*, thèse Paris, Imprimerie Henri Jouve 1903, p. 31 sq. ; Y. CHAPUT, *L'objet social*, thèse dactyl., Clermont-Ferrand 1973, n° 44.

1949 Th. TISSIER, *Répertoire de droit administratif de L. Béquet*, t. XII, P. Dupond éd. 1895, V° *Dons et legs*, p. 95.

1950 En ce sens : L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 257.

1951 Voir P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 209 sqq.

1952 Civ. III, 21 juin 1978, BC., III, n° 265.

1953 Soc., 7 mai 1980, BC., V, n° 387.

quant à elle, atteint la personne. Cette requalification peut entraîner une perte de la personnalité morale¹⁹⁵⁴.

611 La spécialité statutaire conduit à une plus grande variété de personnes morales. Chaque type d'activité, si ce n'est chaque activité, serait propre à une catégorie de personnes morales. La liberté dont jouissent les fondateurs lors de la création des institutions d'origine volontaire dans la détermination de l'objet de la personne morale rend vaine toute entreprise d'inventaire. On peut simplement relever que dans le cadre d'une théorie de la variabilité de la personnalité morale, la définition de l'objet de l'organisation conduit à limiter la personnalité à l'activité visée dans les statuts. La diversité des catégories de sociétés à statuts spéciaux fournit un exemple de cet éclatement du concept de personne morale que l'on prétend constater dans le droit positif. Ce phénomène, dit de spécialisation des sociétés, est bien connu¹⁹⁵⁵. Il est impossible cependant d'énumérer toutes les sociétés dont le statut particulier est légalement déterminé en considération d'une activité précise¹⁹⁵⁶. De la spécialité qui limiterait l'étendue de la personnalité, il faut rapprocher la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation. L'organisation en voie de disparition verrait sa personnalité réduite aux opérations nécessaires à sa liquidation¹⁹⁵⁷.

612 **La capacité de posséder et de contracter.** L'article 6 de la loi de 1901 impose des limites à la propriété immobilière des associations et à la capacité à recevoir des libéralités. Les associations simplement déclarées et publiées ne peuvent en principe recevoir de libéralités¹⁹⁵⁸. Elles peuvent en revanche acquérir librement à titre onéreux. Mais la loi fixe des limites à leur patrimoine immobilier. Elles ne peuvent posséder, outre « le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres »¹⁹⁵⁹, que « les immeubles

1954 Voir ci-dessus, **n° 678** notamment. D'autres sanctions sont envisageables, telles que le retrait d'une autorisation ou d'un agrément administratif, voire des sanctions pénales (article 29 de la loi de séparation du 9 décembre 1905, DP. 1906.4.1).

1955 Voir ci-dessus, **n° 167**.

1956 Parfois le législateur intervient pour prohiber certaines activités : « les sociétés d'assurances, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter la forme de société à responsabilité limitée » (art. L. 223-1 du C. com.).

1957 En ce sens : Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration de A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 117.

1958 Elles peuvent recevoir des dons manuels et des dons des établissements d'utilité publique (article 6 de la loi de 1901). Les associations déclarées « qui ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale » jouissent d'un statut de faveur qui leur permet de recevoir à titre gratuit (article 6 alinéa 2, 3^o de la loi de 1901).

1959 **Article 6** alinéa 1^{er}, 2^o de la loi de 1901.

strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle[s] se propose[nt] »¹⁹⁶⁰. Lorsque les auteurs constatent la différence de régime entre les associations simplement déclarées et publiées et les associations reconnues d'utilité publique, ils utilisent souvent les expressions de *petite personnalité* et de *grande personnalité*¹⁹⁶¹. Cette terminologie conduit à nouveau à une remise en cause de l'unité de la personnalité morale, qui ne serait pas un concept unitaire mais une notion éclatée. L'origine de cette idée de personnalité réduite se trouve sans doute dans la conception du patrimoine en vigueur au XIX^e siècle. Le patrimoine était conçu comme une émanation de la personne¹⁹⁶². Il était logique de déduire d'une limitation du patrimoine, une limitation de la personnalité. Alors que la théorie du patrimoine a évolué, la théorie de la variabilité a perduré.

613 Le GIE pourrait aussi apparaître comme une illustration récente de la théorie de la personnalité variable. Peu de temps après la création du GIE en droit français par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967, la jurisprudence a dû décider s'il pouvait bénéficier du statut des baux commerciaux : la réponse fut négative¹⁹⁶³. Le GIE n'avait aucune activité propre à caractère spéculatif et n'avait donc aucune clientèle. Il n'avait donc pas de fonds de commerce et ne pouvait bénéficier du statut des baux commerciaux. La personnalité du GIE était-elle ambiguë ? Était-elle réduite ? Cela semblerait conforme à l'idée répandue que la personnalité morale est susceptible de degré et non constante. Le débat n'a pas été tranché de manière efficace, dans la mesure où le législateur est intervenu en 1989 pour reconnaître au GIE la possibilité d'accomplir des actes de commerce pour son propre compte et donc d'avoir un fonds de commerce et un bail commercial¹⁹⁶⁴. Cette modification législative a certes résolu un problème pratique sensible mais elle n'a pas dissipé l'ambiguïté. Il n'est pas certain que l'intervention du législateur était nécessaire,

1960 Article 6 alinéa 1^{er}, 3^o de la loi de 1901.

1961 Voir R. EYQUEM, *Essai sur la capacité des associations avant et après la loi du 1^{er} juillet 1901*, thèse Bordeaux, Imprimerie Y. Cadoret 1903, p. 156 sqq. et p. 220 sqq. Sur l'extension de la capacité des associations : J.-Fr. MERLET, *Une grande loi de la troisième République : la loi du 1^{er} juillet 1901*, préf. J. MORANGE, Bibl. dr. Pub. n° 217, n° 319 sqq.

1962 Sur la théorie classique du patrimoine : voir ci-dessous, n° 771 sqq.

1963 Voir notamment Paris, 7 juillet 1973, D. 1974.123, note Chr. LAVABRE ; J.-J. BURST, *Une personne morale ambiguë : la personnalité morale du GIE*, JCP. 1976, I, 2783, à propos, notamment, d'un arrêt de la Cour de cassation : Civ. III, 18 février 1975 (reproduit en annexe).

1964 Article 3 alinéa 1^{er} de l'ordonnance de 1967, dans sa rédaction issue de la loi n° 89-377 du 13 juin 1989.

mais elle peut être interprétée aussi comme une confirmation de la théorie de la variabilité. En effet si la loi est intervenue, c'est que la personnalité morale n'existe que dans la mesure où elle est reconnue au groupement : elle est variable dans son contenu.

614 **La personnalité économique et fiscale.** Ripert avait aperçu l'émergence de la notion d'entreprise en droit fiscal¹⁹⁶⁵. Certains auteurs ont forcé le trait afin de reconnaître une personnalité économique de l'entreprise¹⁹⁶⁶. La proposition est avancée cependant sans que ces auteurs en tirent de conséquences juridiques. Cette proposition illustre paradoxalement l'absence de consistance juridique de la notion d'entreprise. Elle prend le plus souvent la forme d'une affirmation de la personnalité fiscale de l'entreprise¹⁹⁶⁷. Son existence serait indépendante de la personnalité substantielle. Ainsi des institutions non personnalisées par le droit civil ou commercial pourraient se voir reconnaître une personnalité fiscale ; inversement une personne morale de droit substantiel pourrait en être privée partiellement ou totalement¹⁹⁶⁸. Les sociétés de personnes fourniraient un exemple de cette dernière figure. Il est parfois fait référence à une forme de personnalité postale, fondée sur la faculté d'ouvrir un compte chèque postal pour des groupements sans personnalité morale¹⁹⁶⁹. Cependant l'idée même d'une personnalité fiscale ou économique doit être rejetée¹⁹⁷⁰. Elle se fonde en effet sur une notion

1965 G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ 1951, n° 123. Voir également M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n° 1, LGDJ 1957, n°171 sqq. ; J.-P. CASIMIR, *L'imposition du résultat des sociétés, être ou ne pas être soumis à l'impôt sur les sociétés ? 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.

1966 En ce sens : G. LAMBERT, *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise*, in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. II, PUAM 1979, p. 77 sqq. ; J.-F. ABEILLE, *Le principe de l'effet relatif des conventions et le droit de l'entreprise*, thèse dactyl., Aix-Marseille 1980 notamment n° 39.

1967 Sur la personnalité fiscale sujet de la propriété économique : G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, Bibl. dr. priv. n° 313, LGDJ 1999, n° 342 sq. Sur la personnalité fiscale de l'entreprise : D. KETCHEDJIAN, *L'entreprise et le droit fiscal : un nouveau sujet de droit ?*, Revue de Science financière 1974.415 ; du même auteur, *La personnalité morale au regard du droit fiscal*, Thèse dactyl., Paris II 1972, notamment p. 1 sqq. et p. 457 sq.

1968 Voir R. BLANCHÈR, *Communication sur les groupements sans personnalité au regard du droit fiscal*, in *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. XXI, *Les groupements sans personnalité juridique*, Dalloz 1974, p. 352. Voir également G. BLANLUET, thèse précitée, n° 342 sq.

1969 Voir G. LIET-VAUX note sous T. civ. Lannion, 9 mai 1950; JCP. 1951, II, 6274.

1970 Voir P. SERLOOTEN, *De la prétendue personnalité fiscale de l'entreprise individuelle*, D. 1984, Chr. 175 ; D. KETCHEDJIAN, article précité.

inconsistante : celle de patrimoine fiscal. Malgré certaines formules, nées de l'incertitude du droit et de la terminologie doctrinale¹⁹⁷¹, il n'y a guère plus de patrimoine fiscal que de patrimoine de l'entreprise¹⁹⁷².

615 Les limites à la reconnaissance de la personnalité morale peuvent enfin être temporelles. Un auteur a ainsi imaginé qu'il était possible de reconnaître une personnalité morale épisodique à la collectivité des travailleurs au sein d'une entreprise¹⁹⁷³ : lorsque l'on consulte les salariés par voie de référendum, apparaît une personne morale qui disparaîtrait la consultation achevée. Outre que cette opinion va manifestement contre le sens commun, qui n'admet pas l'idée d'une personnalité par intermittence, elle lie principe majoritaire et personnalité morale, alors que l'on sait que ce lien n'est en rien nécessaire. On pressent déjà à travers ces excès, la condamnation de la théorie de la personnalité morale à contenu variable.

616 La personnalité morale pourrait être réduite non seulement en considération de certains droits déterminés mais encore voir son existence limitée à une branche du droit. On distinguerait en particulier l'activité juridique substantielle et l'activité processuelle. A l'encontre de toute conception d'unité du système juridique et en particulier du droit substantiel et du droit processuel, la personnalité morale pourrait n'être que substantielle ou, au contraire, uniquement processuelle.

B) L'existence d'une personnalité processuelle

617 L'action et le droit subjectif ne peuvent être confondus¹⁹⁷⁴. Un lien semble cependant pouvoir être maintenu entre les deux concepts dès lors que la personnalité morale est porteuse d'un intérêt substantiel et que cet intérêt substantiel est identique à l'intérêt processuel de la personne morale : l'unité de la notion d'intérêt conduit nécessairement à l'unité de la personnalité. Pourtant il a été soutenu, avec conviction, qu'aucun lien de ce type n'existe¹⁹⁷⁵.

1971 Voir B. PLAGNET, *La définition du « patrimoine fiscal » des sociétés en participation. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 juillet 1979*, RS. 1980.233 ; CE. ass., 13 juillet 1979, RS. 1980.101, note R. BLANCHER.

1972 Sur le patrimoine fiscal et le droit de l'entreprise : voir ci-dessous, n° 814 sqq., spéc. n° 819.

1973 Voir J. GRIMALDI D'ESDRA, *Nature juridique du référendum en droit du travail*, D. Soc. 1994.397.

1974 Voir J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 65 sqq.

1975 Voir E. SAVAUX, article précité, qui, à cette fin, est conduit à nier le lien entre droit subjectif et sujet de droit et le rapport entre intérêt et droit subjectif (n° 12 et

618 La personnalité morale de certaines organisations a parfois été reconnue alors que leur capacité d'ester en justice était contestée. Ce fut le cas notamment du comité d'établissement¹⁹⁷⁶. Cela a permis à certains auteurs de soutenir qu'il existe deux formes de personnalité : la personnalité processuelle et la personnalité morale, dont les domaines ne se recouvriraient pas¹⁹⁷⁷. Cette personnalité judiciaire serait une personnalité réduite, accordée uniquement afin de permettre l'action en justice d'un groupement¹⁹⁷⁸. On trouverait une illustration de cette idée dans la jurisprudence qui a déclaré recevable l'action de groupements sans personnalité morale, ainsi que dans celle qui a inversement reçu les actions dirigées contre de tels groupements. On peut rattacher à cette étude celle des habilitations dont bénéficient certaines personnes morales afin d'agir dans un intérêt collectif.

619 **L'admission des actions des groupements sans personnalité morale.** En principe l'absence de personnalité morale a pour conséquence, sur le terrain processuel, l'absence de droit d'agir. Des associations se sont pourtant vues reconnaître la capacité d'ester en justice avant la loi de 1901¹⁹⁷⁹, alors qu'elles n'avaient bénéficié d'aucune reconnaissance publique. Cette jurisprudence a reconnu une individualité juridique à des associations pourtant dépourvues de la personnalité morale. La chambre civile a également déclaré recevable l'action d'une société au motif, qu'instituée avec le concours de l'autorité publique, elle avait « une individualité véritable »¹⁹⁸⁰. Les sociétés de course ont bénéficié également d'un traitement de faveur¹⁹⁸¹. Ces associations tenaient « tant de la nature de leur objet que de l'adhésion de l'autorité publique à leur institution, une individualité véritable »¹⁹⁸². Certaines organisations, dont la jurisprudence a reconnu la personnalité morale pourraient, n'avoir ainsi qu'une personnalité processuelle, « une sorte de demi-personnalité »¹⁹⁸³. Ce serait le cas en particulier de certains comités sociaux ainsi que des masses, dont on dit qu'ils n'ont pas de

note 85).

1976 Voir Civ. II, 28 janvier 1954, JCP. 1954, II, 7978, conclusions LEMOINE, D. 1954.217, note G. LEVASSEUR.

1977 En ce sens : E. SAVAUX, article précité, RTDCiv. 1995.1, spéc. n° 2 et n° 5 ; G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 46 sqq.

1978 En ce sens : E. SAVAUX, article précité, spéc. n° 11 sqq., spéc. n° 13.

1979 Sur la situation des associations avant la loi de 1901 : Ed. CLUNET, *Les associations au point de vue historique et juridique*, t. I^{er} (seul paru).

1980 Civ., 30 août 1859, DP. 1859.1.365.

1981 Civ., 25 mai 1887, DP. 1887.1.289 ; S. 1888.1.162, note Ch. LYON-CAEN ; Req., 2 janvier 1894, S. 1894.1.129, note Ch. LYON-CAEN.

1982 Civ., 25 mai 1887, précité.

patrimoine¹⁹⁸⁴. Dépourvues de tout fondement substantiel, ces organisations ne se verraient reconnaître qu'une personnalité processuelle, diminutif de la personnalité morale parfaite. Les individualités ainsi reconnues restaient cependant incapables de recevoir à titre gratuit¹⁹⁸⁵.

620 La capacité passive. Inversement, la jurisprudence a parfois reconnu la personnalité morale à des groupements afin de permettre aux tiers de les assigner : c'est ce que l'on appelle la capacité passive¹⁹⁸⁶. La terminologie est variable cependant : personnalité passive¹⁹⁸⁷, association ou personnalité de fait¹⁹⁸⁸ sont employées indifféremment par les juridictions et les auteurs. Une idée est commune à ces diverses propositions : la capacité passive conduirait le juge judiciaire à reconnaître une personnalité partielle au défendeur¹⁹⁸⁹. L'admission d'une capacité à défendre en justice, ou capacité passive, apparaît comme une exception à la règle qui dénie toute qualité pour agir au groupement sans personnalité morale. La capacité passive manifeste-t-elle une forme de personnalité imparfaite, une personnalité processuelle ? Les origines de cette idée se trouvent dans la jurisprudence du XIX^e siècle qui reconnaissait une individualité juridique à certains groupements irréguliers. Elle a conduit les tribunaux à reconnaître la recevabilité d'actions dirigées contre des groupements sans personnalité morale. Elle est le corollaire de la reconnaissance de l'individualité juridique : si l'on accorde à un groupement de fait le droit d'agir en justice, on doit permettre aux tiers d'agir contre lui¹⁹⁹⁰. Les tiers ont ainsi pu agir contre les congrégations non autorisées¹⁹⁹¹ ou contre des sociétés de course¹⁹⁹². Plus récemment des juridictions du fond ont permis d'assigner des

1983 M. BÉJANIN, *De la capacité juridique des associations d'après la loi du 1^{er} juillet 1901*, Rousseau 1904, p. 53.

1984 En ce sens : G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 51.

1985 Req., 29 octobre 1894, DP. 1896.1.145, note ED. THALLER.

1986 Voir J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, thèse Louvain 1972, p. 187 sq. ; E. SAVAUX, article précité, n° 16.

1987 Versailles, 23 mars 1982, GP. 1983, Somm. 181 ; RTDCom. 1983.571, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN.

1988 Association de fait : Rennes, 2 février 1953, JCP. 1953, II, 7449.

1989 E. SAVAUX, article précité, n° 16.

1990 Le lien entre la capacité passive et la capacité active apparaît dans un passage du Digeste : « comme l'édit donne une action à un corps de ville (*municipium*), il est juste qu'on en puisse exercer contre lui » (D. 3.4.7).

1991 Civ., 30 décembre 1857, DP. 1858.1.21 ; Aix, 27 janvier 1825, DP. 1826.2.131 ; Civ. 17 juillet 1907, DP. 1908.1.11.

1992 Civ., 25 mai 1887, DP. 1887.1.289 ; S. 1888.1.161, note Ch. LYON-CAEN. Voir également Aix, 3 juillet 1952, RCDIP. 1953.842.

associations non déclarées donc en principe dépourvues de personnalité morale¹⁹⁹³. La solution est très favorable aux tiers qui n'ont pas à établir la croyance légitime¹⁹⁹⁴. Les juges avaient été invités à faire revivre la jurisprudence ancienne par Pierre Coulombel¹⁹⁹⁵. Il relevait cependant à l'époque qu'il n'y avait aucune jurisprudence postérieure à la loi de 1901, et que la loi elle-même semble s'y opposer. Si sur le premier point les décisions citées pouvaient combler la lacune relevée par Coulombel¹⁹⁹⁶, la loi de 1901, quant à elle, reste un obstacle insurmontable.

621 Les habilitations pour agir dans un intérêt collectif.
Les personnes morales qui ont reçu une habilitation législative ou administrative afin de défendre un intérêt qui dépasse le cercle de leurs intérêts propres et des intérêts de leurs membres bénéficient d'un avantage considérable. Comme les associations reconnues d'utilité publique, celles qui ont reçu cette onction publique ont leur puissance juridique accrue et verraient ainsi leur personnalité élargie. Elles auraient ainsi franchi un degré supplémentaire dans la personnification. Cette idée présente une particularité par rapport à celle que l'on a déjà rencontrée à propos de la prétendue variabilité de la personnalité morale. En effet, non seulement ce pouvoir d'action dépasse celui des autres personnes morales mais il dépasse aussi celui reconnu aux personnes physiques. Cette dernière observation permet d'affirmer combien il est excessif de faire de la personne physique le modèle, le paradigme, de la personnalité. Elle conduit également l'observateur du droit à critiquer la théorie qui ne rend pas compte avec exactitude du droit positif.

622 Le réalisme apparent des propositions de la thèse de la variabilité de la personnalité morale en fonction des droits reconnus en fait une théorie particulièrement séduisante. Certains de ses développements sont cependant porteurs de solutions regrettables. En

1993 Versailles, 23 mars 1982, précité. Les congrégations dépourvues de personnalité morale ont continué à bénéficier de la capacité passive : T. Civ. Meaux, 23 avril 1952, D. 1952.431 ; T.civ. Lannion, 9 mai 1950, D. 1951.230, note R. SAVATIER ; JCP. 1951, II, 6274, note G. LIET-VAUX ; RTDCiv. 1950.534, n° 3, obs. P. HÉBRAUD ET P. RAYNAUD, infirmé par Rennes, 2 février 1953, JCP. 1953, II, 7449 (recevabilité de l'action). Soc., 21 juillet 1986, RS. 1987.43, note Y. GUYON, pour un syndicat.

1994 Il ne s'agit donc pas d'une application de la théorie de l'apparence. En sens contraire : L. COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dactyl., Aix 1974, n° 36 ; Aix, 27 janvier 1825, DP. 1826.2.131.

1995 P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 90.

1996 A condition de considérer que ces quelques décisions rendues par des juges du fond forment une jurisprudence ce qui est contestable.

particulier, il semble possible de soutenir, que de la même manière que la personnalité processuelle pourrait exister sans la personnalité substantielle, la personnalité substantielle pourrait exister sans la personnalité processuelle¹⁹⁹⁷. Ce serait le cas des fonds communs de placement et de créances¹⁹⁹⁸. L'exclusion de leur personnalité morale par la loi¹⁹⁹⁹ s'interpréterait seulement comme une exclusion de la personnalité morale complète²⁰⁰⁰. Séduisante mais contestable, cette théorie interdit toute théorie juridique cohérente de la personnalité morale. Elle encourt de ce fait les critiques que l'ont peut formuler de manière générale à l'égard de la théorie de la personnalité à contenu variable.

II Critique de la théorie de la personnalité morale à contenu variable

623 La théorie de la personnalité morale à contenu variable peut faire l'objet de critiques d'ordre méthodologique (A) et de critiques d'ordre technique (B).

A) Critiques d'ordre méthodologique

624 L'idée de variabilité de la personnalité morale en fonction des droits reconnus s'expose sur le plan de la méthode à deux reproches. D'une part, elle ne fournit aucun critère de variabilité ; d'autre part, elle conduit à une remise en cause de l'utilité de la personnalité morale elle-même. On ne peut rester insensible face au spectacle désolant qu'offre la théorie de la personnalité morale après le travail de déconstruction mené par Bruno Oppetit dans sa thèse²⁰⁰¹. On doit malgré tout tenter une entreprise de reconstruction afin de rendre compte sur le terrain de la science du droit des solutions posées par le droit positif.

625 **L'absence de critère de variabilité.** Comment déterminer le contenu variable de la personnalité morale ? L'absence de réponse à cette question conduit à critiquer tant la tentative de sauvetage de la théorie de la réalité par certains auteurs que les affirmations de la théorie de la fiction. Contre la théorie de la réalité, il faut reconnaître que seule une loi peut fixer le contenu prétendument variable de la personnalité. La spontanéité des personnes morales, attachées à la théorie de la réalité, est condamnée par ce simple constat. Contre la

1997 En ce sens : G. WICKER, article précité, n° 51.

1998 En ce sens : G. WICKER, article précité, n° 47.

1999 Articles L. 214-20 et L. 214-43 du Code monétaire et financier.

2000 En ce sens : G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 47.

2001 B. OPPETIT, thèse précitée, notamment p. 415 sqq.

théorie de la fiction, il faut admettre que la position légaliste est bien plus un refus de toute théorie qu'une véritable réponse à la question posée. En particulier, elle ne fournit aucun indice pour résoudre les problèmes qui se posent en l'absence de texte. La forme même d'un groupement est apparue insuffisante pour décrire le droit positif²⁰⁰². Il a fallu recourir à des éléments externes qui accroissent l'incertitude des solutions. L'incohérence du système ainsi élaboré laisse insatisfait. Comment dégager des solutions fermes si l'on ne dispose d'aucun instrument fiable ? Qu'est-ce que la personnalité morale si elle devient elle-même une notion à contenu variable ? Affirmer la variabilité de la personnalité morale, c'est reconnaître l'arbitraire du législateur, ce qui est parfois dangereux, et celui de la doctrine, ce qui est toujours regrettable²⁰⁰³. Le droit perd alors tout titre scientifique : la cohérence est la qualité essentielle de la science, si elle fait défaut à une discipline, celle-ci perd son caractère scientifique²⁰⁰⁴. Dire que la personnalité morale est une notion fonctionnelle²⁰⁰⁵ conduit à renoncer à toute théorie juridique cohérente.

626 La constance du concept. Si l'on tire toutes les conséquences de la théorie de la personnalité variable, on est tenté de remettre en cause l'existence même du concept de personnalité morale. La théorie de la variabilité conduit à considérer que la personnalité est réduite lorsqu'une incapacité limite le champ d'action d'un sujet de droits. L'unité du concept serait menacée car la définition de la personnalité dépendrait des droits qui lui sont effectivement reconnus. Il n'y aurait plus de place dans la science du droit que pour des théories partielles qui ne rendraient compte que de certaines personnes morales. La question de savoir si une organisation a ou n'a pas la personnalité morale perd de son importance, dans la

2002 Voir M. JEANTIN, *La filiale commune*, thèse dactyl., Tours 1975, n° 663 sqq.

2003 Remplacer l'arbitraire du législateur par celui du juge ne change rien : M. JEANTIN, *La filiale commune*, thèse dactyl., Tours 1975, n° 676 sq.

2004 En ce sens : K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot 1973, p. 90 sq. Lorsque Bruno Oppetit traite de la variabilité du concept de la personnalité morale il semble exprimer deux idées distinctes : B. OPPETIT, thèse précitée, p. 385 sq. et p. 458. Dans un premier cas il envisage l'évolution du concept afin de la faire correspondre à la réalité du droit positif alors que par la suite il semble admettre la variabilité interne du concept qui n'aurait aucun contenu fixe. Si l'on ne peut qu'être en accord avec la première affirmation, il est évident qu'elle invite le juriste à reformuler le concept de la personnalité morale afin, précisément, de le mettre en harmonie avec le droit positif.

2005 En ce sens voir par exemple : J. BARTHÉLÉMY, *Le référendum en droit du social*, D. Soc. 1993.89.

mesure où l'on refuse d'en tirer toutes les conséquences²⁰⁰⁶. Ce serait en réalité un échec de la théorie du droit. Que le concept de personnalité morale doive être redéfini n'implique pas son abandon. Au contraire, le caractère positif du concept que l'on étudie conduit à proposer une construction théorique qui donne une image plus juste du droit positif. Si les concepts sont variables dans le temps en fonction des normes juridiques dont ils doivent être l'expression, on ne peut tolérer aucune variabilité interne du concept qui deviendrait une notion à contenu variable. La variabilité est due à des facteurs extérieurs au concept et non à sa nature même²⁰⁰⁷. Un concept juridique ne peut être à contenu variable car il n'a d'existence que juridique. Il n'existe pas nécessairement un système normatif auquel on puisse renvoyer pour en définir le contenu. Particulièrement en matière de personnalité morale, l'impasse est évidente. La personnalité morale est la construction juridique par excellence. Aucun autre système normatif ne connaît ce concept. L'unité du concept de personnalité morale entraîne également la condamnation de la distinction des personnes morales fondatives et des personnes morales corporatives. Cette distinction n'a pas de conséquence du point de vue de la théorie de la personnalité morale. Elle correspond seulement à une différence d'organisation. Certaines personnes morales organisent des groupements de personnes alors que d'autres personnes morales existent en l'absence de tout groupement. Les fondations et les sociétés unipersonnelles sont des personnes morales au même titre que les sociétés anonymes et les associations. Sur le terrain de la personnalité morale, elles ne présentent pas une différence de nature.

627 Soutenir que la personnalité morale est un concept constant et non une notion à contenu variable trahit-il une conception anthropomorphique²⁰⁰⁸ ? Il semble que ce reproche soit injuste. Il suppose que la constance de la personnalité morale provienne d'une analogie avec la personnalité physique. Ce lien n'est cependant pas nécessaire. La personnalité morale est tout à la fois un sujet de droit d'une autre nature que la personne physique et un concept constant.

2006 Voir M. L. DALLÈVES, *Rapport de droit commercial suisse*, in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Travaux de l'association Henri Capitant 1969, t. XXI, Dalloz 1974, p. 153 sqq., spéc. p. 165.

2007 Voir G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP. 1950, I, 851.

2008 En ce sens : M. JEANTIN, *La filiale commune*, thèse dactyl., Tours 1975, n° 666 ; Fr. OST, *Droit et intérêt*, Vol. 2, *Entre droit et non droit : l'intérêt*, Publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 1990, p. 91 sq.

Les attributs de la personnalité morale

Elle est dotée d'une signification différente de celle que l'on attribue à la personnalité physique. Il n'y a là aucun anthropomorphisme qui ferait obstacle à une conception purement juridique de la personnalité morale.

B) Critiques d'ordre technique

628 Il est sans doute de bonne méthode de prendre l'exemple de la fondation reconnue d'utilité publique (1) avant de prétendre fournir une proposition générale (2).

1) L'exemple de la reconnaissance d'utilité publique des fondations

629 La reconnaissance d'utilité publique. La reconnaissance d'utilité publique est une manifestation de l'intérêt général dans le droit privé de la personnalité morale²⁰⁰⁹. Elle est un contrôle de l'Etat sur des organisations de droit privé²⁰¹⁰. Elle se distingue sur ce point de la déclaration nécessaire à l'acquisition de la personnalité morale pour les associations. La déclaration est « une simple formalité qui permet à l'autorité de police de vérifier la régularité des opérations de constitution d'une association »²⁰¹¹. La reconnaissance est une forme d'agrément²⁰¹². Les associations peuvent être reconnues d'utilité publique²⁰¹³ ainsi que les fondations²⁰¹⁴. La procédure est longue et complexe dans tous les cas. La reconnaissance d'utilité publique est un acte administratif²⁰¹⁵ qui atteste qu'une organisation de droit privé exerce une activité d'intérêt général. Cette attestation n'est pas délivrée à tous ceux qui en font la demande. L'administration contrôle la conformité de l'objet statutaire à l'intérêt général. La décision administrative est l'aboutissement d'une procédure complexe²⁰¹⁶. La première étape se déroule devant le ministre de l'intérieur ou le représentant de l'Etat dans le département où la fondation aura son siège. A ce stade s'opère une première sélection : le ministre peut refuser de transmettre le projet au Conseil d'Etat²⁰¹⁷. C'est devant le Conseil d'Etat que se déroule la seconde étape de la procédure. Il examine le projet sous ses différents aspects : importance de la dotation, respect des statuts types et utilité du projet²⁰¹⁸. Son avis ne lie pas le ministre qui lors d'une ultime étape doit prendre la décision définitive. Le décret en Conseil d'Etat attribue la capacité juridique à la fondation aux termes de l'article 18 de la loi de 1987. C'est en réalité la personnalité elle-même qui lui est reconnue. Ce point doit

2009 D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse dactyl., Bordeaux I, 1975, p. 318 sqq.

2010 A. DEMICHEL, *Le contrôle de l'Etat sur les organismes de droit privé. Essai d'une théorie générale*, Bibl. dr. Pub. t. XXIX, LGDJ. 1960, p. 129.

2011 Ibid.

2012 J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, Bibl. dr. Pub. t. IC, LGDJ. 1970, p. 312.

2013 Article 10 de la loi de 1901.

2014 Article 18 de la loi de 1987.

2015 Un décret en Conseil d'Etat pour les fondations : article 18 de la loi du 23 juillet 1987.

2016 H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse dactyl., Paris 1969, n° 128 sqq. ; M. POMEY, *Traité des fondations reconnues d'utilité publique*, PUF. 1980, p. 241 sqq.

2017 Sur cet étrange pouvoir du ministre : V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse dactyl., n° 314.

2018 Par définition aucune exigence de durée de fonctionnement n'est formulée en matière de fondations à la différence des associations : article 10 de la loi de 1901.

être précisé afin que l'on saisisse la portée juridique de la reconnaissance d'utilité publique. Le droit positif de la personnalité morale attribue des effets différents à la reconnaissance d'utilité publique selon l'organisation qui en bénéficie. Cette dualité, ignorée le plus souvent, est la source d'une confusion qu'il faudra combattre avant de conclure.

630 Personnalité de droit privé et reconnaissance d'utilité publique. A titre liminaire, il convient de s'interroger sur l'influence que peut avoir la reconnaissance d'utilité publique sur la nature de la personne morale qui en bénéficie. Celle-ci demeure-t-elle une institution de droit privé ? Il ne s'agit pas ici de trancher définitivement le difficile problème de la distinction des institutions privées et des institutions publiques mais de fournir des éléments de réponse suffisants pour justifier l'étude de certaines organisations parmi les personnes morales de droit privé. Il semble qu'il n'existe pas de critère unique de distinction mais un faisceau d'indices²⁰¹⁹. Ni l'intérêt général, ni la prérogative de puissance publique ne suffit seul à caractériser le rattachement d'une personne morale au droit public²⁰²⁰. Sur le terrain de l'intérêt, il est permis de remarquer que seules les personnes morales de droit public ont l'obligation de poursuivre l'intérêt général et non seulement une faculté²⁰²¹. Cette obligation tient à ce qu'elles n'ont pas seulement un objet d'intérêt général mais aussi une finalité d'intérêt général. Les personnes morales de droit privé, même lorsqu'elles ont une activité d'intérêt général, restent à finalité privée²⁰²². Elles ont toujours assez de liberté de manœuvre pour ne pas toujours agir dans l'intérêt général sans que leur action devienne illégale. La poursuite d'une activité d'intérêt général même après reconnaissance de l'autorité publique n'a pas pour effet de transformer une institution privée en personne morale de droit public. La jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que les fondations sont des personnes morales de droit privé même lorsqu'elles collaborent à un service public et sont soumises à un contrôle administratif²⁰²³. Il est même permis de voir dans l'agrément d'une institution un indice de sa nature privée²⁰²⁴. Une personne

2019 D. LINOTTE, thèse précitée, p. 242.

2020 D. LINOTTE, thèse précitée, p. 325 sqq.

2021 D. LINOTTE, thèse précitée, p. 33.

2022 Voir ci-dessus, n° 405 sqq. Voir cependant au XIX^e siècle : Civ., 5 mars 1856, S. 1856.1.517.

2023 C.E., 7 janvier 1976, Recueil p. 776.

2024 J. GEORGEL, *L'agrément administratif*, AJDA. 1962.467.

morale de droit public n'a pas besoin d'être agréée par l'administration pour agir valablement. Si la reconnaissance d'utilité publique n'a pas pour effet de rattacher une institution au droit public, elle n'en produit pas moins des effets considérables sur la personnalité morale des organisations privées.

631 Les effets de la reconnaissance d'utilité publique. Le plus souvent, la reconnaissance d'utilité publique des associations et celle des fondations²⁰²⁵ sont mises sur le même plan²⁰²⁶. Cependant la comparaison des deux mécanismes incite à plus de nuance. L'article 18 de la loi de 1987 relatif aux fondations dispose que la fondation jouit de la capacité juridique à partir de la reconnaissance d'utilité publique. Cette disposition est très proche de celle contenue à l'article 2 de la loi de 1901 qui soumet l'acquisition de la personnalité morale à la déclaration de l'association. En revanche, elle est assez éloignée de l'article 11 de la loi de 1901 qui octroie un supplément de capacité aux associations qui ont bénéficié de la reconnaissance d'utilité publique. Ces dispositions peuvent être classées en deux catégories²⁰²⁷ : d'une part, celles qui reconnaissent la capacité juridique, c'est-à-dire en définitive la personnalité morale²⁰²⁸ ; d'autre part, celles qui accroissent la capacité d'une personne morale qui existe déjà²⁰²⁹.

632 Lorsqu'elle octroie la personnalité morale à une fondation testamentaire, la reconnaissance d'utilité publique a aujourd'hui un effet rétroactif²⁰³⁰. Il s'agit d'une faveur destinée à préserver de la nullité le testament fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession. Cette solution est un renversement de la solution traditionnelle adoptée au XIX^e siècle. En l'absence d'acte de l'autorité publique, une organisation n'avait aucune existence légale²⁰³¹. Il était inconcevable de donner une portée rétroactive à l'intervention publique. La solution était conforme à l'idée, qui remontait au droit romain, selon laquelle tout groupement licite doit être doté de la personnalité morale. La restriction concernait plus la notion de licéité que celle de personnalité morale. Lorsqu'elle accroît la capacité d'une personne morale qui existe déjà, la reconnaissance d'utilité publique permet à l'institution d'accomplir de

2025 On peut rapprocher de la reconnaissance d'utilité publique, la reconnaissance des congrégations religieuses : article 13 de la loi de 1901.

2026 En ce sens : D. LINOTTE, thèse précitée, p. 312 sqq.

2027 J. GEORGEL, article précité, n° 15.

2028 Article 18 de la loi de 1987 relatif aux fondations.

2029 Articles 10 et 11 de la loi de 1901 relatifs aux associations.

2030 Article 19 de la loi de 1987.

2031 Civ., 12 avril 1864, S. 1864.1.153.

nouveaux actes juridiques²⁰³². Elle pourra surtout accepter plus facilement les libéralités qui lui sont faites²⁰³³. Si la capacité de jouissance est accrue par l'acte de l'autorité publique, il n'en est pas de même de la capacité d'exercice. L'article 11 de la loi de 1901 reconnaît certes la possibilité pour les associations reconnues d'utilité publique de recevoir des dons et legs mais il exige pour cela que l'acceptation de la libéralité soit préalablement autorisée par décret²⁰³⁴. La capacité d'exercice reste donc imparfaite.

633 Capacité et personnalité morale des fondations. Cette observation relative à la dualité de la reconnaissance d'utilité publique conduit à relever dans la terminologie légale une imprécision regrettable. L'article 1^{er} de la loi de 1901²⁰³⁵ subordonne l'acquisition de la capacité juridique par l'association à une déclaration à la préfecture et à une publication au Journal officiel. Cependant ce n'est pas seulement la capacité qu'acquiert l'association, elle se voit dotée de la personnalité morale. Le constat est identique en matière de fondation. L'article 18 de la loi de 1987 attribue la capacité juridique aux fondations reconnues d'utilité publique. Cependant, comme l'indique clairement l'article 18-2, c'est en réalité la personnalité morale qui est octroyée à la fondation. Ce texte dispose en effet que « par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 18, la personnalité morale de la fondation [testamentaire] reconnue d'utilité publique rétroagit au jour de l'ouverture de la succession »²⁰³⁶. Si la personnalité morale rétroagit, c'est qu'elle découle de la reconnaissance ; celle-ci a donc pour effet principal l'attribution de la personnalité à l'organisation. La capacité juridique en découle nécessairement mais de manière accessoire et ne doit pas être confondue avec la personnalité²⁰³⁷. La loi vise nécessairement la personnalité lorsqu'elle emploie le terme *capacité*²⁰³⁸ : soit par erreur,

2032 Sur les avantages de la reconnaissance d'utilité publique pour les associations : D. BRUNEAU, *Les avantages de la reconnaissance d'utilité publique*, Juris-Associations, 1^{er} février 1998, n° 172, p. 21. Ils sont non seulement civils mais aussi fiscaux ce qui devient essentiel en matière de libéralité (article 777 CGI).

2033 Article 11 de la loi de 1901 relatif à la capacité accrue des associations reconnues d'utilité publique.

2034 Article 910 du Code civil. Il s'agit d'un acte de tutelle *a posteriori* comme l'indiquent certains textes : décret n° 66-388 relatif à *la tutelle* administrative des associations, fondations et congrégations.

2035 Qui renvoie à l'article 5 de la loi de 1901.

2036 Article 18-2 alinéa 3 de la loi de 1987.

2037 On peut donc douter que la personnalité morale préexiste à la reconnaissance de la capacité : Fr. ZÉNATI, obs. sur la loi du 23 juillet 1987, RTDCiv. 1987.803.

2038 Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6^{ème} éd., Dalloz 1996, n° 268.

Les attributs de la personnalité morale

soit parce qu'elle la suppose. Capacité et personnalité, bien que liées, sont deux notions distinctes. On peut donc penser que la personnalité morale reste constante quand la capacité varie.

2) La constance du concept de personnalité morale

634 La variabilité de la personnalité revêt un double aspect. Ni l'un ni l'autre n'échappe à la critique : l'idée de variabilité substantielle de la personnalité (a) comme celle de personnalité processuelle (b) sont contestables. Cela n'interdit pas de reconnaître un certain particularisme à la personnalité morale, comme cela est le cas en matière répressive.

a) La jouissance des droits

635 La variabilité de la capacité de la personne morale : les droits subjectifs. Les dispositions relatives à la capacité utilisent peu le terme. La capacité est rarement mentionnée directement dans le Code civil²⁰³⁹. Elle est le plus souvent déterminée concrètement acte par acte. La notion même de capacité relève plus de la science du droit que du droit positif. C'est aussi une notion didactique et idéologique liée au principe de la liberté individuelle de la personne physique²⁰⁴⁰. Pour les personnes morales, la pertinence au principe de l'égalité civile est moins évidente²⁰⁴¹, dans la mesure où l'organisation des personnes morales conduit à raisonner en termes de compétence plus qu'en termes de capacité²⁰⁴². Cette idée est bien connue par le droit public qui est tout entier un droit des personnes morales²⁰⁴³. En droit administratif, la notion de capacité s'exprime à travers la compétence²⁰⁴⁴. Monsieur Linditch a démontré ainsi, pour les personnes morales de droit public, que les notions de capacité et de compétence coexistent²⁰⁴⁵. On distingue la compétence délimitante de la compétence structurante. La compétence délimitante est déterminée par la spécialité : elle définit le cadre dans lequel la personne morale dispose de la pleine capacité²⁰⁴⁶. La compétence structurante détermine les conditions de mise en œuvre des droits subjectifs de l'administration²⁰⁴⁷. La mise en œuvre des droits d'une personne morale est donc assez éloignée de ce que l'on connaît en

2039 Voir cependant l'article 1108 du Code civil.

2040 En ce sens : P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de Droit privé*, in *Le Droit privé au milieu du XX^e siècle*, t. I, LGDJ 1950, p.138 ; P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 209 sq.

2041 Voir G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1946, p. 71 sqq., pour qui l'anthropomorphisme est « la grande habileté » du capitalisme car il est lié aux droits de l'homme alors que la société anonyme est un être surhumain : il s'agit d'une fausse égalité (op. cit., p. 74).

2042 Voir G. JÈZE, *Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit administratif français*, RDP. 1923.58.

2043 Voir X. DUPRÉS DE BOULOIS, *La puissance privé. Contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatérale*, thèse dactyl., Paris II 2000, p. 427.

2044 Voir F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, préf. A.-J. MAZÈRES, Bibl. dr. Pub. t. 176, LGDJ 1997, p. 185 sqq.

2045 F. LINDITCH, thèse précitée, p. 185 sqq.

2046 Voir F. LINDITCH, thèse précitée, p. 201 sqq.

2047 Voir F. LINDITCH, thèse précitée, p. 203 sqq. Selon l'auteur cette position peut être rapprochée de la thèse de Monsieur Gaillard : F. LINDITCH, thèse précitée, note 22, p. 185 et p. 199 sq. (où l'auteur prend l'exemple de la société). Le rapprochement est intéressant mais ne saurait être poussé trop loin dans la mesure où Monsieur Gaillard lui-même insiste dans sa thèse sur la distinction du droit privé et du droit public : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, n° 97 sq.

matière de personne physique. Cette analyse doit être complétée par une réflexion plus générale.

636 La distinction de la capacité de jouissance et de la capacité d'exercice est classique. La capacité de jouissance est définie comme l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits, la capacité d'exercice comme l'aptitude à les mettre en œuvre soi-même. L'incapacité de jouissance prive celui qu'elle atteint d'un droit qu'il ne pourra pas exercer même par l'intermédiaire d'un représentant²⁰⁴⁸. L'incapacité d'exercice autorise au contraire le recours à la représentation. Il est également courant de relever la proximité entre la capacité de jouissance et la personnalité juridique²⁰⁴⁹. On a souvent confondu les concepts de personnalité et de capacité. Une incapacité de jouissance générale serait en définitive une privation de la personnalité²⁰⁵⁰. L'assimilation n'est pas récente et Saleilles affirmait déjà au début du XX^e siècle que « la question de la capacité des personnes morales [...] n'est pas différente de celle de savoir si elles peuvent être sujets de droits... »²⁰⁵¹. Cette idée explique chez Saleilles la coexistence d'idées liées à la variabilité de la personnalité morale et d'idées relatives à la variabilité de la capacité²⁰⁵². Saleilles avait bien eu l'intuition de la variabilité de la capacité mais n'a pu en tirer toutes les conséquences en raison d'une confusion de la capacité et de la personnalité. La difficulté provient de la polysémie du mot *aptitude*²⁰⁵³. L'aptitude du sujet de droits est abstraite et indépendante de la titularité effective de droits. L'aptitude de la personne capable est concrète, elle « exprime et mesure la possibilité pour une personne, à laquelle a été au préalable conférée la personnalité juridique, d'être titulaire de droits et d'obligations et d'accomplir valablement des actes

2048 Voir R. HOUIN, *Les incapacités*, RTDCiv. 1947.383.

2049 Voir Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6^{ème} éd., Dalloz 1996, n° 249 ; *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les personnes* par G. GOUBEAUX, LGDJ 1989, n° 18.

2050 En ce sens : Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., n° 90. Voir également G. CORNU, *Introduction. Les personnes. Les biens*, collection Domat, 10^{ème} éd., Montchrestien 2001, n° 475.

2051 R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 626. Voir également la formule d'Aubry et Rau : « une personne morale est un être de raison capable de posséder un patrimoine, et de devenir le sujet des droits et des obligations relatifs aux biens », *Cours de Droit civil Français*, 4^{ème} éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence 1869, § 54 et §2. Voir également en droit public : B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat (Etude sur les services non personnalisés de l'Etat)*, Bibl. dr. Pub. t. CXXI, LGDJ 1976, p. 286.

2052 Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 318.

2053 En ce sens : V. SIMONART, thèse précitée, n° 312.

juridiques déterminés »²⁰⁵⁴. La confusion entre capacité et personnalité est regrettable²⁰⁵⁵. La personnalité « ne consiste pas dans le fait d'être titulaire de droits et d'obligations, mais dans l'aptitude à l'être »²⁰⁵⁶. Cette définition est proche de celle de la capacité²⁰⁵⁷. Cependant la personnalité est une aptitude « générale et abstraite d'être titulaire » de droits subjectifs alors que la capacité est « la possibilité concrète pour une personne, à laquelle a été au préalable conférée la personnalité juridique, d'être titulaire de droits et d'obligations et d'accomplir valablement des actes juridiques déterminés »²⁰⁵⁸. Il existe certes un lien logique entre la capacité et la personnalité. Ce lien est aussi chronologique et non réversible, dans la mesure où la personnalité induit la capacité. Cependant il convient de toujours garder à l'esprit que les deux notions sont distinctes²⁰⁵⁹.

637 Les incapacités dont souffrent les personnes morales ne sont pas d'une autre nature que celles qui atteignent les personnes physiques. Ainsi le mineur qui ne peut rédiger son testament²⁰⁶⁰ ou le médecin qui ne peut recevoir de son patient²⁰⁶¹ ne voient ni l'un ni l'autre leur personnalité réduite. On peut remarquer également avec Madame Simonart que les personnes morales sortent parfois du cadre qui leur est imposé par la loi lorsqu'elles commettent des actes illicites de nature à engager leur responsabilité civile voire pénale²⁰⁶². Les restrictions apportées par l'article 6 de la loi de 1901 atteignent non la personnalité de l'association déclarée mais seulement sa capacité²⁰⁶³. C'est bien son aptitude concrète à accomplir un acte déterminé qui est visée et non son aptitude générale à être titulaire de droits subjectifs²⁰⁶⁴. L'idée d'une petite et d'une grande personnalité des

2054 V. SIMONART, *ibid.*

2055 Voir G. CORNU, *Introduction. Les personnes. Les biens*, Coll. Domat, 10^{ème} éd., Montchrestien 2001, n° 473.

2056 V. SIMONART, *ibid.*

2057 *Ibid.*

2058 *Ibid.* Si la personnalité implique nécessairement la possibilité d'accomplir des actes juridiques et notamment de conclure des contrats, elle n'implique pas la capacité concrète de réaliser tous les actes de la vie juridique : certains actes peuvent être interdits sans que la personnalité soit elle-même atteinte.

2059 Le législateur, dont la terminologie n'est pas toujours très claire, illustre parfois cependant la distinction de la personnalité et de la capacité.

2060 Articles 903 sq. du Code civil.

2061 Article 909 du Code civil.

2062 Voir V. SIMONART, thèse précitée, n° 314.

2063 En ce sens : V. SIMONART, *ibid.*

2064 La limitation elle-même n'est pas générale dans la mesure où l'association peut toujours recevoir des dons manuels. Si elle est une œuvre de bienfaisance elle sera également favorisée.

associations est donc critiquable²⁰⁶⁵. Si l'on veut absolument maintenir une gradation entre les associations, il est possible, tout au plus, de parler de petite et de grande capacité.

638 Il faut cependant fournir une méthode qui permette de déterminer l'étendue de la capacité des personnes morales, en particulier en l'absence de texte²⁰⁶⁶. Selon Madame Simonart, il faut partir d'un principe d'assimilation de la personne morale à la personne physique : elles ont en principe la même capacité²⁰⁶⁷. Il convient ensuite de constater qu'il est des droits dont la raison d'être exclut leur application aux personnes morales. On peut relever également que les textes reconnaissent rarement des droits aux personnes morales mais posent souvent des restrictions à leur capacité. Cette méthode se distingue de celle qui reconnaît le particularisme de la personnalité morale²⁰⁶⁸. Elle apparaît sans doute plus réaliste, dans la mesure où, destinée à régler une question de capacité, cette méthode se place du point de vue de la réalisation concrète des droits. Elle ne choisit pas le point de vue de la personnalité morale mais celui du droit dont la jouissance est en cause. Il ne faut cependant pas exagérer

2065 Voir C. C. ZAMFIRESCO, *Des rapports juridiques de l'association avec ses membres en droit français et en droit comparé*, thèse Paris, Jouve & C^{ie} 1922, p. 182, selon qui la personnalité est une mais que la capacité peut être limitée.

2066 Voir par exemple les articles 3 et 7 de la loi du 21 juin 1865, qui déterminent les attributs des associations syndicales libres et les conditions requises pour en bénéficier.

2067 V. SIMONART, thèse précitée, n° 317. Voir également : L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 242 ; B. DE MARGERIE, *Des incapacités de jouissance en droit civil français*, Montchrestien 1936, p. 26 sqq. Comparer avec : J. HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, Chr. 141, qui était d'avis de reconnaître aux personnes morales uniquement les droits qu'il est opportun de leur conférer. Voir également les articles 301 et 303 du Code civil du Québec : article 301 : « les personnes morales ont la pleine jouissance des droits civils » ; article 303 : « les personnes morales ont la capacité requise pour exercer tous leurs droits, et les dispositions du présent code relatives à l'exercice des droits civils par les personnes physiques leur sont applicables, compte tenu des adaptations nécessaires. Elles n'ont d'autres incapacités que celles qui résultent de leur nature ou d'une disposition expresse de la loi ». Voir B. A. WORTLEY, *De la tendance qui existe, selon le droit anglais, à reconnaître la réalité constituée par les individus qui constituent des groupements juridiques*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'IDC de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 53 sqq., spéc. p. 63, qui rapporte un texte anglais, l'*interpretation act* de 1889, qui disposait que « dans toutes les lois à venir le mot *personne*, sauf si une intention contraire est nette, comprendra les établissements dotés de l'autonomie (corporation) ». Voir enfin en jurisprudence française : Req., 10 décembre 1878, DP. 1879.1.5, note CH. BEUDANT, qui fonde le droit des groupes de sociétés.

2068 Voir P. COULOMBEL, thèse précitée, seconde partie ; G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 64 ; F. PETIT, *Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales*, Dalloz Affaires 1998.826.

la différence de méthodes. En effet, si le bénéficiaire d'un droit subjectif est refusé à une personne morale, c'est souvent en raison de son particularisme. Par exemple, les dispositions qui impliquent une considération d'âge ou de sexe, tel les droits de se marier, ou qui supposent une relation de famille, telle la succession *ab intestat*. L'article 53 du Code civil suisse dispose de cette façon que « les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, tel que le sexe, l'âge ou la parenté ». La prise en compte du particularisme de la personnalité morale a, malgré tout, été une étape importante dans l'élaboration d'une théorie réellement juridique en la matière. Elle a entraîné la condamnation irréversible de l'anthropomorphisme dont était empreint la théorie classique. On peut constater que la capacité des personnes morales apparaît plus étendue selon la méthode de Madame Simonart, que suivant celle de Pierre Coulombel. Par exemple rien ne s'opposerait, *de lege ferenda*, à la conclusion d'un contrat de travail par une personne morale en qualité de salarié²⁰⁶⁹.

639 Si la personne morale bénéficie en principe de la pleine capacité en matière patrimoniale, inversement il est impossible d'attribuer de manière isolée des droits patrimoniaux à un groupement sans lui reconnaître la personnalité morale. Une ordonnance du 6 mai 1944 a reconnu aux organisations communistes la possibilité de posséder des biens alors qu'il s'agissait d'associations non déclarées²⁰⁷⁰. La Cour de cassation a estimé en application de ce texte, que la fédération qui avait bénéficié d'une réquisition s'était vue reconnaître la personnalité civile²⁰⁷¹.

640 La capacité des personnes morales ne peut être limitée aux seuls droits de nature patrimoniale. La position contraire résulte d'une conception étroite de la personnalité morale. D'un point de vue théorique, cette conception des phénomènes collectifs est liée à la théorie de la propriété collective : si la personne morale a uniquement une fonction patrimoniale, on peut la réduire à une simple forme d'organisation de la propriété. L'existence de droits non patrimoniaux conduit alors nécessairement au rejet de la théorie de la propriété collective pour expliquer la personnalité morale. Les droits de la

2069 V. SIMONART, thèse précitée, n° 321. En sens contraire : P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 377 sqq. ; A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, collection les voies du droit, PUF. 1994, p. 62 sq.

2070 Voir R. BRICHET, *Associations et syndicats*, 6^{ème} éd., Litec 1992, n° 335.

2071 Civ. I, 5 juillet 1954, BC., I, n° 227.

personnalité semblent pouvoir être reconnus sans obstacle aux personnes morales²⁰⁷². Cela rend compte davantage de l'évolution du droit positif qui tend à reconnaître de plus en plus de droits aux personnes morales. En particulier, rien ne s'oppose *a priori* à l'attribution de droits de la personnalité à des personnes morales²⁰⁷³. La jurisprudence a, dans ce cadre, reconnu récemment que les personnes morales avaient droit au respect de leur vie privée²⁰⁷⁴. Si l'on considère le particularisme de la personnalité morale, il n'était pas certain cependant que les personnes morales puissent bénéficier de la protection de l'article 9 du Code civil dont la rédaction résulte d'une loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie « des droits individuels des citoyens ». Au contraire, si l'on se demande si la protection d'une forme légitime de secret, celui des affaires en particulier²⁰⁷⁵, se justifie pour les personnes morales, la réponse est sûrement positive²⁰⁷⁶. De la même façon, le droit moral attaché à une création de l'esprit peut être reconnu à une personne morale. Monsieur Kayser soutenait cependant le contraire en 1971²⁰⁷⁷. La jurisprudence adopte une solution plus nuancée. Une personne morale peut être investie à titre originaire des droits de l'auteur dans le cas où une œuvre collective, créée à son initiative, est divulguée sous son nom²⁰⁷⁸. Les personnes morales disposent également d'un honneur²⁰⁷⁹ et d'un droit au nom²⁰⁸⁰ dont le droit assure la protection. Les droits de l'homme peuvent enfin être invoqués dans une certaine mesure²⁰⁸¹. Si

2072 Voir F. PETIT, article précité.

2073 Voir P. KAYSER, *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, RTDCiv. 1971.445, n° 35.

2074 Crim., 23 mai 1995, B. Crim., n° 193 ; RTDCiv. 1996.130, obs. J. HAUSER ; Droit Pénal 1995, chr. 42, obs. V. LESCLOUS, Cl. MARSAT. Cette jurisprudence dépasse les propositions de Madame Simonart : V. SIMONART, thèse précitée, n° 308. Elle rejoint la position de Monsieur Kayser : P. KAYSER, article précité, n° 35.

2075 Voir F. PETIT, article précité.

2076 En ce sens : P. KAYSER, article précité, n° 35.

2077 P. KAYSER, *ibid.* En sens contraire : Ed. PIÉBOURG, *De la condition des personnes civiles en droit romain et en droit français*, thèse Paris, Parent 1875, p. 250, qui pourtant soutient que la personnalité morale est fictive.

2078 Civ. I, 17 mars 1982, JCP. 1983, II, 20054, note R. PLAISANT ; Civ. I, 19 février 1991, BC., I, n° 67.

2079 Crim., 12 juin 1956, D. 1956.577 ; Paris 12 octobre 1989, D. 1989, IR. 291.

2080 En ce sens : P. KAYSER, *ibid.* ; Civ. I, 8 novembre 1988, JCP. 1989, II, 21301, note R. BRICHET. Voir également R. SALEILLES, *Le droit au nom individuel dans le Code civil pour l'Empire allemand. Note sur l'article 12 du Code civil allemand*, Rev. crit. 1900.94, spéc. p. 98. Sur le nom des personnes morales : M. DAGOT, *Le nom des personnes morales*, JCP. 1992, I, 3579.

2081 Voir A. DEBET, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse dactyl., Paris II 2001, n° 484 sqq. ; Y. GUYON, *Droits fondamentaux et personnes morales des droit privé*, AJDA 1998, numéro spécial *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ?*, Voir également E.

la protection du domicile est certainement justifiée celle de la dignité doit être écartée en l'état actuel du droit. En effet, la dignité est destinée à garantir l'intégrité physique et morale de la personne, ce qui ne peut valoir pour une personne dépourvue de corps sensible²⁰⁸². Inversement, certains mécanismes peuvent être réservés aux seules personnes morales. Ainsi les fusions et scissions sont-elles bien évidemment inimaginables pour une personne physique. Ainsi peut-on également exclure le jeu de la confusion de patrimoines entre personnes physiques²⁰⁸³.

641 La variabilité de la capacité de la personne morale : la spécialité. La spécialité légale et la spécialité statutaire sont de natures différentes. La spécialité légale impose une finalité à l'action de la personne morale, tandis que la spécialité statutaire détermine son activité²⁰⁸⁴. Du point de vue de la théorie de la personnalité morale, elles ont également des significations différentes.

642 La spécialité légale n'est pas une restriction apportée à la personnalité. Elle atteint seulement la capacité de la personne et non sa personnalité²⁰⁸⁵. Cette proposition permet de résoudre le problème de la sanction des atteintes à la spécialité légale. Le débat relatif à sa nature et à sa sanction a concerné, en particulier, les dons et legs²⁰⁸⁶. Une partie de la doctrine considérait le principe comme une règle de capacité²⁰⁸⁷. D'autres auteurs soutenaient, au contraire, qu'il s'agissait

MOUNIER, *Faut-il refaire la Déclaration des Droits ?*, Esprit 1944.118, l'article est suivi d'un projet de déclaration des droits des personnes et des collectivités, qui comprend une troisième partie intitulée « droit des communautés ». L'histoire nous apprend que la formulation de la théorie moderne de la fiction est apparue en 1789 lorsqu'il a fallu déterminer si les personnes morales bénéficiaient des garanties de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Voir A.-M. PATAULT, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la nature juridique de la personne morale*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, CNRS-Université d'Orléans, PUF 1988, p. 151.

2082 Voir A. DEBET, thèse précitée, n° 485.

2083 Douai, 14 octobre 1999, D. 2000, AJ, p. 115.

2084 En ce sens : P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 326, qui relève que la spécialité légale vise la nature des actes que peut accomplir la personne morale tandis que la spécialité statutaire vise leur objet.

2085 En ce sens : V. SIMONART, thèse précitée, n° 314. L'idée était déjà présente chez Hauriou : M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGD. 1898.6 et 1898.119, spéc. note 1, p. 131. Voir également : A. GHOZI, *La personne morale*, in *La personne en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas 1999, p. 109, n° 170 sq. (à propos du CHSCT).

2086 Sur le débat : J. FERTEMBERG, *Recherches sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, thèse dactyl., Paris II 1976, p. 636 sqq.

2087 En ce sens : A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Des fondations*, thèse Paris, Giard et Brière 1894, p. 163 sqq., spéc. p. 165 ; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 237.

d'une simple règle administrative, d'une règle de police²⁰⁸⁸. Ce clivage doctrinal ne recoupe pas celui qui sépare la théorie de la réalité de celle de la fiction²⁰⁸⁹. Ce qui illustre à nouveau la vanité de ce débat. Le principe de la nullité des actes qui dépassent la spécialité légale s'impose, dans la mesure où elle pose une règle de capacité. En effet si une personne agit au-delà de sa capacité, l'acte est annulable²⁰⁹⁰. Cependant la sanction peut être moins radicale dans la mesure où l'absence de capacité est un vice moins grave que l'absence de personnalité. Régularisation et confirmation deviennent possibles. Ce qui explique que les hypothèses d'annulation soient rares en pratique. La loi de 1901 permet d'illustrer cette proposition. L'article 6 de la loi limite la capacité d'acquiescer aux immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but que se propose l'association. L'article 17 sanctionne les actes passés en méconnaissance de cette limite par la nullité. Il s'agit d'une manifestation de la nature de la spécialité qui limite la capacité de la personne morale²⁰⁹¹.

VERIF... art. 6 (?) loi sur le mécénat 2003.

643 La spécialité statutaire n'est pas davantage une limitation de la personnalité morale. Entraîne-t-elle une limitation de la capacité de la personne morale comme la spécialité légale ? Le fait que la source de l'incapacité éventuelle de la personne morale soit statutaire pose un problème particulier : un acte privé peut-il créer une incapacité ? L'article 1123 du Code civil semble s'y opposer mais il est permis de douter de son application aux personnes morales²⁰⁹². Plutôt que de s'engager sur cette voie incertaine, il est préférable de trouver une

2088 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, t. II, 11^{ème} éd., Sirey 1927, p. 927, note 3.

2089 En ce sens : J. FERTEMBERG, thèse précitée, p. 644. En faveur de la règle de police : M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 927, note 3 (représentant de la réalité) ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, par A. TRASBOT, LGDJ 1933 (théorie négative de la personnalité morale). En faveur de la règle de capacité : L. VIGNON, *Le principe de la spécialité et les être collectifs*, thèse Paris, Imprimerie Henri Jouve 1903, p. 22 sqq. (tenant de la réalité). Voir également F. BÈQUE, *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, thèse Grenoble, Imprimerie de la Dépêche dauphinoise 1908, p. 49 sqq. (la spécialité est une règle de droit obligatoire mais pas une règle de capacité).

2090 Req., 29 octobre 1894, DP. 1896.1.145, note ED. THALLER ; Soc., 7 mai 1980, BC., V, n° 387.

2091 En ce sens : L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n° 237.

2092 La doctrine est divisée. En faveur de son application : V. SIMONART, thèse précitée, n° 315 ; G. WICKER, article précité, n° 64. En sens contraire : P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, t. I, LGDJ 1950, p. 318 ; P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 334 sq.

autre explication à la spécialité statutaire. Il semble plus juste d'observer qu'elle fixe les limites des pouvoirs des organes²⁰⁹³. L'objet social est la mesure des pouvoirs des dirigeants de personnes morales²⁰⁹⁴. Les termes employés par le Code de commerce incitent à conclure en ce sens. Les articles L. 225-35 et L. 225-51 du Code de commerce, par exemple, disposent que le conseil d'administration et son président agissent dans la limite de l'objet social. Cette limite tend à devenir de plus en plus interne, sous l'influence du droit communautaire. Les mêmes articles L. 225-35 et L. 225-51 du Code de commerce disposent ainsi que les limitations statutaires des pouvoirs des organes de direction ne sont pas opposables à tous, à moins que ceux-ci en aient eu connaissance. On peut généraliser la proposition et affirmer que la spécialité statutaire n'est pas une restriction apportée à la personnalité morale mais aux pouvoirs des organes.

644 Ces observations valent également pour la personne morale en voie de disparition : la personnalité morale maintenue pour les besoins de la liquidation n'est pas une personne diminuée, elle a seulement une capacité réduite et ses organes ont leurs pouvoirs réduits.

b) Critique de la personnalité processuelle

645 **Critique de la notion de personnalité processuelle.** Est-il possible de déclarer recevable l'action en justice d'un groupement sans personnalité morale ? La réponse de principe est négative. Il est exclu que l'on pallie l'absence de publicité par la preuve d'une connaissance effective de la part des tiers²⁰⁹⁵. La Cour de cassation a écarté ainsi toute possibilité d'assigner une société en formation alors même qu'elle avait acquis par la suite la personnalité morale²⁰⁹⁶.

646 Certes, la jurisprudence administrative a une position originale en matière de recours pour excès de pouvoir. Le Conseil

2093 En ce sens : V. SIMONART, thèse précitée, n° 315 sq. En droit positif français cependant un arrêt a décidé qu'une acquisition immobilière à titre onéreux réalisée par une association en méconnaissance de son objet était nulle : Civ. I, 1^{er} juillet 1997, BC., I, n° 216 ; B. Joly 1997, §347, note D. LEPELTIER. On peut cependant relever que la Cour de cassation précise que l'association n'a pas la capacité d'acquérir un bien de l'un de ses membres « pour un intérêt distinct du sien propre ». Plus encore que l'objet de l'association c'était son intérêt qui était méconnu : elle avait poursuivi l'intérêt personnel de l'un de ses membres.

2094 En ce sens : Y. CHAPUT, *L'objet social*, thèse dactyl., Clermont-Ferrand 1973, n° 45.

2095 Civ. II, 20 mars 1989, BC., II, n° 76 ; RTDCom. 1990.601, obs. E. ALFANDARI ; Civ. III, 31 mai 2000, JCP 2000, IV, 2278 ; Def. 2000, 37242, n° 74, note Chr. ATIAS.

2096 Com., 10 mars 1987, JCP. G 1987, II, 20830, note Y. GUYON ; Com., 1^{er} février 2000, PA. 9 mars 2001, p. 18, note D. GIBIRILA.

d'Etat a rappelé récemment que le recours en excès de pouvoir d'une association régulièrement constituée mais non déclarée est recevable²⁰⁹⁷. La jurisprudence administrative est comparable à la jurisprudence civile lorsque des droits patrimoniaux sont en cause²⁰⁹⁸. Le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir et la faveur dont cette voie de droit jouit en droit français justifient cette solution²⁰⁹⁹.

ADDE REPRISE JP toute récente ???

647 Sans doute, un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 17 mai 1911 pourrait être interprété, en matière civile, comme un maintien de la jurisprudence de l'individualité juridique après la loi de 1901²¹⁰⁰. De même des décisions assez récentes de juridictions du fond ont semblé reprendre la jurisprudence de la capacité passive. Ce que l'on appelle la capacité passive n'est-elle pas pourtant une manifestation de l'opposabilité d'une organisation constituée dans un intérêt déterminé mais non publiée²¹⁰¹ ?

648 Mais quelle est en définitive l'actualité de ces jurisprudences ? Certaines décisions émanant des tribunaux et de Cour d'appel paraissent cependant y faire référence²¹⁰². En doctrine, Pierre Coulombel envisageait la reprise de cette jurisprudence pour les associations non déclarées même s'il relevait qu'il n'y avait pas de jurisprudence en 1950 et reconnaissait que la loi de 1901 semblait y faire obstacle²¹⁰³. Monsieur Savaux semble de la même manière leur reconnaître une valeur en droit positif²¹⁰⁴. On pouvait, dans ce sens, rapprocher associations simplement déclarées antérieure à 1901 et associations non déclarées de la loi de 1901 et conclure que la jurisprudence de l'individualité juridique peut s'appliquer aujourd'hui aux associations non déclarées, comme autrefois aux associations

2097 CE. 21 août 1997, RTDCom. 1997.478, obs. E. ALFANDARI ; CE. 9 avril 1999, Juris-associations, n° 209, 1^{er} décembre 1999, p. 6, obs. B. RIGAUD. Voir déjà CE., 21 mars 1919, Recueil p. 299, conclusions RIBOULET.

2098 CAA. Paris, 18 mai 1995, RDSS. 1996.376, n° 4, obs. E. ALFANDARI, une association non déclarée ne peut recevoir de subventions.

2099 Il s'agit davantage d'une justification que d'une explication.

2100 Douai, 17 mai 1911, S. 1912.2.1, note CHAVEGRIN.

2101 Voir en droit québécois l'article 331 du Code civil du Québec qui dispose que « la personnalité juridique peut, rétroactivement, être conférée par le tribunal à une personne morale qui avant qu'elle ne soit constituée, a présenté de façon publique, continue et non équivoque, toutes les apparences d'une personne morale et a agi comme telle tant à l'égard de ses membres que des tiers. »

2102 T. Civ. Meaux, 23 avril 1952, D. 1952.431 ; Rennes, 2 février 1953, JCP. 1953, II, 7449 ; Soc., 21 juillet 1986, RS. 1987.43, note Y. GUYON.

2103 P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 90.

2104 E. SAVAUX, article précité, n°13 sqq.

simplement autorisées²¹⁰⁵. Cette argumentation n'est pas convaincante dans la mesure où la raison d'être de la solution ne se retrouve plus aujourd'hui, après l'adoption de la loi de 1901. Il ne s'agit plus d'accorder par voie jurisprudentielle une liberté que le législateur refusait, car la liberté d'association est acquise depuis la loi de 1901²¹⁰⁶. L'esprit de la matière a changé, il faut en conséquence fonder à nouveau la solution : comparaison n'est pas raison.

649 En définitive, ces arguments ne sont pas décisifs. Les arrêts cités, en particulier, ne sont guère convaincants. Ainsi en 1911, l'association en cause a été déclarée et n'a agi en justice qu'après avoir rempli les formalités pour acquérir la personnalité morale²¹⁰⁷. Cet arrêt est le prototype des décisions qui admettent l'action en réparation des associations pour des faits antérieurs à leur constitution. Cette décision, et d'autres encore, plus récentes, font apparaître que la question de l'individualité juridique est liée à la constitution des personnes morales²¹⁰⁸. Dès lors que l'on a perfectionné le système de constitution, la jurisprudence ancienne ne se justifie plus. Les associations se constituent aujourd'hui librement et les sociétés obéissent à un régime complexe mais élaboré. Le même constat reste valable si l'on compare ces décisions avec celles qui ont admis la capacité passive des groupements de fait²¹⁰⁹. En pratique, les décisions citées en faveur de la capacité passive des groupements de fait concernent des situations où il a fallu contracter des engagements avant que l'organisation ait acquis la personnalité morale²¹¹⁰. Dès lors que la période constitutive est mieux organisée, la jurisprudence de la capacité passive n'a pas plus de raison d'exister que celle de l'individualité juridique. Les arrêts relatifs à la capacité passive sont souvent anciens et ont été rendus à une époque où le concept de personnalité morale-technique d'opposabilité n'était pas dégagé²¹¹¹.

2105 En ce sens : M. BÉJANIN, thèse précitée, p. 138 sqq.

2106 Sur l'utilité de la jurisprudence de l'individualité juridique comme évolution vers la reconnaissance de la liberté d'association : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, supplément par J. BONNECASE, t. IV, Sirey 1928, n° 142 sqq.

2107 Douai, 17 mai 1911, S. 1912.2.1, note CHAVEGRIN.

2108 Soc., 21 juillet 1986, RS. 1987.43, note Y. GUYON (syndicat) ; Com., 14 juin 2000, B. Joly 2000, § 268, note B. SAINTOURENS (société). Voir P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. III, avec le concours de A. VITU, Dalloz 1956, n° 100, qui affirme la « demi-personnalité » du syndicat qui n'a pas déposé ses statuts.

2109 T. Civ. Metz, 13 juillet 1950, JCP 1952, II, 6812, note D. BASTIAN.

2110 T. Civ. Metz, 13 juillet 1950, précité ; Versailles, 3 mai 1990, B. Joly 1990, § 180, note M. JEANTIN.

2111 En ce sens : G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, Bibl. dr. priv. n° 253, LGDJ 1997, n. 160, p. 226 sq.

L'objectif était de protéger les tiers contre les agissements de groupements dont la jurisprudence avait favorisé le développement, notamment en leur reconnaissant une individualité juridique. Aujourd'hui que la liberté d'association est reconnue et que le droit des sociétés est plus élaboré, les circonstances ne sont plus les mêmes. Les arrêts les plus récents émanent de juridictions du fond et ont nécessairement moins d'autorité. On ne peut affirmer qu'il existe une jurisprudence en faveur de la capacité passive des groupements de fait. Les conséquences pratiques sont également incertaines. Le groupement assigné pourra-t-il invoquer les droits de la défense, formuler des demandes reconventionnelles²¹¹² ? Utiliser les voies de recours ? Obtenir une condamnation ? Etre condamné lui-même²¹¹³ ? Ces difficultés semblent réellement insurmontables en l'absence d'une personnalité morale reconnue sur le terrain du droit substantiel. En définitive, même si l'on peut penser que les tiers sont protégés par une telle solution, les inconvénients semblent l'emporter sur les avantages. Il semble enfin que la Cour de cassation se soit prononcée sur ce point et ait condamné la théorie de la capacité passive. D'abord en 1989, elle a déclaré irrecevable l'action de locataires contre une association de fait²¹¹⁴. Les demandeurs avaient prétendu que la capacité « d'ester en justice d'un groupement dépourvu de la personnalité juridique serait reconnue en défense dans l'intérêt des tiers ». Cette argumentation est rejetée par la Cour de cassation qui relève que l'association en cause « était un groupement informel de personnes qui n'avait ni statut, ni siège social, n'avait fait aucune déclaration en

2112 Voir Rouen, 4 décembre 1901, JDI. 1902.802, qui a refusé à une congrégation étrangère non autorisée en France le droit de formuler une demande reconventionnelle.

2113 Voir Civ. II, 5 mai 1998, BC., II, n° 159 ; B. Joly 1998, § 330, note V. GRELLIÈRE ; Aix, 27 janvier 1825, DP. 1826.2.131 ; Civ., 25 mai 1887, DP. 1887.1.289. Sur ces questions : E. SAVAUX, article précité, n° 16. L'absence de patrimoine d'une personnalité purement processuelle est particulièrement embarrassante car il est alors impossible de faire exécuter la condamnation prononcée contre le groupement de la même manière qu'il est très difficile d'obtenir l'exécution de la condamnation au profit du groupement. Les obstacles ne sont pas moindres si l'on considère que la capacité passive fait apparaître une personne morale substantielle. Quel est le gain du tiers qui obtient une condamnation contre une personne morale dépourvue de tout bien ?

2114 Civ. II, 20 mars 1989, BC., II, n° 76 ; RTDCom. 1990.601, obs. E. ALFANDARI. Voir également Paris, 20 décembre 1976 (absence de personnalité d'une tribu mélanésienne des Nouvelles-Hébrides), D. 1978.373, note E. AGOSTINI, dont la rédaction est cependant ambiguë car il y est fait référence à « l'existence d'une personnalité morale complète ». En droit interne français les tribus peuvent avoir la personnalité morale : Nouméa, 9 avril 1987, JCP. 1987, II, 20880, note J.-L. VIVIER, qui statue sur le fondement d'une ordonnance du 13 novembre 1985 et d'une loi du 17 juillet 1986.

tant qu'association et dont le représentant n'était qu'un mandataire conventionnel » : elle ne bénéficiait « ni de la personnalité morale, ni de la capacité d'ester en justice ». La Cour de cassation a confirmé sa position le 31 mai 2000, en rejetant l'action dirigée contre une association syndicale de fait²¹¹⁵. Il n'y a plus aujourd'hui aucune nuance à apporter au principe d'opposabilité dans le droit de la personnalité morale. Les groupements qui ne se sont pas soumis régulièrement aux règles de constitution et de publicité ne sont que des groupements créés de fait qui ne peuvent pas agir en justice, ni en demande ni en défense²¹¹⁶. En particulier, une institution dénuée de personnalité morale ne peut faire l'objet d'une procédure collective²¹¹⁷.

650 Les décisions invoquées en faveur de la notion d'individualité juridique ou de la capacité passive sont les scories d'une jurisprudence dépassée²¹¹⁸. Rien ne justifie aujourd'hui le maintien des solutions anciennes. *A fortiori* est-il exclu d'étendre la jurisprudence de la capacité passive à des matières qu'elle ne pouvait concerner à l'époque. En particulier la responsabilité pénale des groupements de fait ne saurait être retenue²¹¹⁹. L'exigence de publicité est plus pressante aujourd'hui qu'au XIX^e siècle. L'amélioration des mécanismes de constitution et notamment l'organisation des périodes constitutives est également un fait nouveau à prendre en considération. Ces règles prennent place enfin dans un système libéral, qui laisse grand ouvert l'accès à la personnalité morale.

651 A ces questions il faut en ajouter une dernière qui a alimenté la controverse de la personnalité morale au début du XX^e siècle : celle de la responsabilité pénale des personnes morales.

2115 Civ. III, 31 mai 2000, précité. Voir également Civ. I, 2 novembre 1994, RS. 1995.82, note M. JEANTIN, à propos d'une section locale d'une association ; Soc., 22 mars 1979, BC., V, n° 267 ; Soc., 18 juillet 1979, BC., V, n° 646 (section syndicale d'entreprise).

2116 Voir également L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. de M. GOBERT, Bibl. dr. priv. n° 212, LGDJ 1990, n° 372. Pour le GIE : Versailles, 20 décembre 1995, D. Aff. 1996.275 ; B. Joly 1996, §74, note C. PRIÉTO ; RS 1996.355, obs. Y. GUYON ; P. LE CANNU, *A propos des GIE non immatriculés*, B. Joly 1987.825. Pour les fonds communs de placement : Paris 30 novembre 1993, B. Joly Bourse 1994.379 ; Paris 6 avril 1994, Dr. Soc. 1994, Comm. 210, note H. HOVASSE.

2117 Voir notamment Com., 10 mars 1987, JCP. G 1987, II, 20830, note Y. GUYON. Voir également J.-Cl. HALLOUIN, *Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, JCP. E 1989, II, 15416.

2118 Pour Madame Simonart, il s'agit d'une « jurisprudence dépassée » : V. SIMONART, thèse précitée, n° 345.

2119 Sur cette question : Y. GUYON, *Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale (droit interne)*, RS. 1993.235.

c) La répression des personnes morales

652 Le particularisme de la répression des personnes morales. La répression des personnes morales présente un double particularisme : les infractions comme les sanctions ne peuvent être systématiquement les mêmes que celles prévues pour les personnes physiques. Une sanction pénale peut-elle être prononcée à l'encontre d'une personne morale ? Garraud soutenait que la personne morale ne peut ressentir la peine²¹²⁰. Saleilles défendait le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, mais excluait le prononcé de peine corporelle pour n'admettre que les peines pécuniaires²¹²¹. Il s'inspirait de la solution nuancée du droit canonique médiéval qui écartait l'excommunication des *universitas* tout en admettant que l'on prononçât un interdit²¹²². Quelles sont aujourd'hui les limites raisonnables en matière de répression des personnes morales ? L'admission de la responsabilité pénale des personnes morales en droit positif a démontré qu'il n'est pas impossible de sanctionner des êtres immatériels. Il a fallu aménager certaines règles afin de tenir compte du particularisme de la personnalité morale mais il n'y pas eu de bouleversement en ce domaine. Il est vrai cependant que l'évolution de la fonction de la peine a permis la réforme. Si la peine a toujours une fonction rétributive et une fonction intimidatrice, on ne peut nier qu'elle ait aussi une fonction réparatrice²¹²³. Le souci d'indemnisation des victimes n'a pas été indifférent à l'introduction de la responsabilité des personnes morales en droit français²¹²⁴. Cependant, si l'organisation peut être considérée comme criminelle, tout comme la volonté d'une personne physique, il est possible alors de prévoir des sanctions propres aux personnes morales afin d'obtenir l'amélioration de leur organisation dans une perspective de défense sociale²¹²⁵. C'est précisément ce que prévoit l'article 131-39 du Code pénal. La dissolution et la surveillance judiciaire par exemple sont des

2120 Voir R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, 3^{ème} éd., Sirey 1913, n° 259.

2121 R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 645 sqq.

2122 Ibid. Voir également : P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen âge latin*, Vrin 1970, p. 330 sqq.

2123 Sur les rapports de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale : *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Introduction à la responsabilité*, par G. VINEY, 2^{ème} éd., LGDJ 1995, n° 74-1 sqq.

2124 On peut reconnaître cependant que la poursuite de la personne morale, plus solvable, rendra moins systématique la recherche de la responsabilité des personnes physiques.

2125 Sur la défense sociale et la responsabilité pénale des personnes morales : P. FAIVRE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, RSC. 1958.547, spéc. p. 565 sqq.

sanctions propres aux personnes morales²¹²⁶. Une réforme législative pourrait prévoir de la même façon que le juge puisse imposer des modifications des statuts de la personne morale allant au-delà de la simple surveillance.

653 On pourrait cependant trouver quelques risques à reconnaître la responsabilité pénale de personnes morales méconnues telle que la famille. Un couple de criminel s'exposerait-il à voir son mariage dissout comme le serait une société²¹²⁷ ? La question essentielle est celle de la dissolution. On peut cependant remarquer que toutes les personnes morales de droit privé ne sont pas exposées à cette sanction radicale. Les institutions du droit social en particulier sont protégées de la dissolution. Il s'agit de manière générale des organisations dont le caractère fondateur est reconnu dans la constitution de 1958 (partis politiques) ou le préambule de la constitution de 1946 (représentation du personnel) et qui participent à l'exercice des libertés publiques²¹²⁸. Or le préambule de la Constitution de 1946 proclame que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Elle semble ainsi pouvoir échapper à la sanction de la dissolution.

654 Le principe de la personnalité des peines semble s'opposer à la transmission de la responsabilité pénale lors d'une opération de fusion ou de scission²¹²⁹. La solution peut se fonder sur une analogie avec le décès de la personne physique : nul ne songe aujourd'hui à faire peser sur l'héritier la responsabilité pénale des actes du de cujus. Cependant le raisonnement serait faussé par une telle analogie. La fusion n'a aucun équivalent dans le droit des personnes physiques. Rien n'interdit *a priori* de condamner une personne morale en ayant absorbée une autre. Cependant la transmission de la responsabilité ne peut s'opérer de plein droit. Outre la transmission universelle du patrimoine, il convient d'imposer une certaine permanence de l'identité de la personne morale auteur de l'acte. L'objet social, l'organisation vicieuse ou l'identité de dirigeants peuvent être des indices de la continuité de l'auteur. Exiger la fraude n'est guère

2126 Voir également V. SIMONART, thèse précitée, n° 297.

2127 On peut s'interroger sur les situations pratiques où un fait délictueux sera imputable au ménage lui-même.

2128 Voir D. GUIRIMAND, *La responsabilité pénales des personnes morales*, RJS. 8-9/93, n° 4

2129 Paris, 14 mars 1997, JCP. 1997, II, 22898, note A. VIANDIER ; RS. 1997.827, note H. LE NABASQUE ; Crim., 20 juin 2000, PA. 27 avril 2001, n° 84, p. 15 ; D. Soc. 2000.1150, note P. MORVAN. Voir également L. GAMET, *Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés*, JCP. 2001, I, 345.

satisfaisant : un acte répréhensible risque de rester sans sanction pénale. Les faits peuvent par ailleurs se reproduire. Le particularisme de la répression des personnes morales devrait conduire la doctrine et la jurisprudence à reconsidérer les solutions qui tendent à se dessiner. Les droits fondamentaux ne peuvent s'appliquer sans des adaptations nécessaires aux personnes morales.

655 Du point de vue des infractions, la responsabilité pénale des personnes morales est régie par un principe de spécialité des incriminations : seules peuvent être poursuivies les infractions dont la commission par des personnes morales a été envisagée par le législateur²¹³⁰. Ce principe s'explique par la nécessité de retenir uniquement les infractions commises dans l'exercice d'une activité collective de nature économique ou sociale²¹³¹. Il reste que la variété des infractions susceptibles d'être commises par une personne morale est grande. Certaines exclusions sont évidentes. Ainsi il est impossible à une personne morale de se rendre coupable du délit de non-représentation d'enfant. D'autres infractions ne peuvent être poursuivies contre des personnes morales sans que cela s'explique. Une société par exemple ne peut commettre d'abus de biens sociaux au détriment de sa filiale. La cohérence du système risque de pâtir de cette distorsion.

656 **Conclusion : la constance de la personnalité morale.** Que ce soit dans les théories de la réalité ou dans celles de la fiction, l'anthropomorphisme menace. Développé par les théoriciens de la réalité organique, l'anthropomorphisme était en germe chez les doctrinaires de la fiction. Hauriou a revendiqué pour les personnes morales l'égalité reconnue entre personnes physiques²¹³². Ripert y voyait la grande habileté de la théorie de la personnalité morale. Durand et Coulombel avaient dénoncé l'erreur dissimulée par l'anthropomorphisme²¹³³. Cependant Coulombel assume une part de l'héritage des théories anthropomorphiques de la personnalité morale

2130 Crim., 18 avril 2000, RJDA. 9-10/00, n° 871. Voir D. MAYER, *Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptées par Michel Jeantin*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 291, spéc. p. 293.

2131 En ce sens : D. MAYER, article précité, spéc. p. 293.

2132 M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGD. 1898.5 et 1898.119, spéc. p. 140.

2133 P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le Droit privé au milieu du XX^e siècle*, t. I, LGDJ 1950, p. 158 ; P. COULOMBEL, thèse précitée.

lorsqu'il traite du *particularisme* de la personne morale. Il maintient de cette façon une certaine proximité avec la personne physique. L'anthropomorphisme semble impossible à exorciser totalement. Ses excès sont cependant connus qui doivent inviter à la plus grande prudence. Il est à peine utile de rappeler que Bluntschli avait attribué un sexe masculin à l'Etat et féminin à L'Eglise²¹³⁴. La doctrine doit rester consciente que la proximité des personnes physiques et morales résulte de leur appartenance à un même genre : celui du sujet de droit. Il faut se garder de toute comparaison trop poussée entre les deux espèces de personnes sous peine de sombrer dans le ridicule.

657 La personnalité morale est de droit positif ; elle est un concept juridique qui ne peut pas être variable. On peut dire, suivant Jean Dabin, que la personnalité n'est pas susceptible de degrés²¹³⁵. Aucune variabilité en fonction de la forme n'est admissible : il peut y avoir plusieurs catégories d'organisations, il n'y a qu'une seule personnalité morale²¹³⁶. Toute variabilité en fonction des droits reconnus doit de la même façon être rejetée. Il est certes permis d'imposer des restrictions à la capacité des personnes physiques, mais il n'est pas possible de réduire leur personnalité depuis l'abolition de l'esclavage et la suppression de la mort civile²¹³⁷. La même solution semble s'appliquer aux personnes morales. La personnalité morale est un concept que la variabilité rendrait inutile. La variabilité n'affecte pas la personnalité mais la capacité de la personne ou les pouvoirs de ses organes. Le droit étend par ailleurs de manière progressive la capacité des personnes morales. Les syndicats, en particulier, ont bénéficié des faveurs de la loi par rapport aux associations de droit commun : extension de leur capacité à agir en justice²¹³⁸ et extension de leur capacité à recevoir à titre gratuit²¹³⁹. Les comités d'entreprise ont également bénéficié d'une extension de leur capacité à recevoir à titre gratuit en 1983²¹⁴⁰.

2134 BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'Etat*, Librairie Guillaumin et C^{ie} 1877, p. 17.

2135 J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 151.

2136 Voir l'article L. 521-1 alinéa 2 du Code rural qui dispose que « les coopératives agricoles et leurs unions forment une catégorie spéciale de sociétés, distinctes des sociétés civiles et des sociétés commerciales. Elles ont la personnalité morale et la pleine capacité ».

2137 En ce sens : V. SIMONART, thèse précitée, n° 313.

2138 Voir ci-dessus, **n° 413**.

2139 Article L. 411-12 du Code du travail.

2140 Décret du 8 mars 1983 qui a supprimé l'autorisation préfectorale prévue par l'ancien article R. 432-1 du Code du travail.

658 D'un point de vue général, on peut affirmer que la théorie de la variabilité, comme celle de la relativité que l'on examinera plus loin, sont des moyens déguisés de critiquer les solutions du droit positif afin d'inviter le juriste à en refuser l'application : « recourir à l'idée d'une prétendue "relativité de la personnalité morale" apparaît en somme comme un procédé quelque peu hypocrite : plutôt que de proclamer ouvertement son opposition à la solution adoptée par le législateur, cela revient en effet à mettre en doute la volonté de celui-ci »²¹⁴¹. Cette conclusion conduit, par ailleurs, à contester la théorie qui voit dans l'entreprise un sujet de droit naissant²¹⁴². La personnalité morale est ou n'est pas. Si elle est reconnue à une institution, elle peut être dotée d'une capacité variable. En aucun cas, elle ne peut être naissante. La même critique pourrait être opposée aux tentatives éventuelles de reconnaître une personnalité morale en germe dans le groupe de sociétés.

659 La personnalité morale est une et indivisible. Elle est distincte de ses membres et/ou de ses fondateurs. Elle jouit de droits distincts de ceux de ses membres et/ou fondateurs. La reconnaissance d'un patrimoine distinct apparaît en ce sens comme un prolongement naturel de la séparation des personnes. On pourrait se dispenser d'aborder la question de manière autonome dans la mesure où il ne s'agirait que d'une extension de ce que l'on vient de constater pour d'autres attributs de la personnalité. Cependant rien n'est simple en matière de personnalité morale, et l'étude particulière du patrimoine distinct de la personne morale se justifie. La notion de patrimoine a non seulement été liée à celle de personnalité morale mais l'a aussi concurrencée : on a prétendu que la personnalité morale était inutile et que le patrimoine pouvait tout expliquer. Les rapports des concepts sont donc complexes et ambigus. C'est à l'élucidation de cette énigme traditionnelle de la théorie de la personnalité morale qu'est consacrée la prochaine section.

2141 J.-P. VERSHAVE, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, thèse dactyl., Lille II 1984, n° 420.

2142 Voir M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n° 1, LGDJ 1957, n° 351 sqq.

Section II La séparation des patrimoines

660 La reconnaissance de la personnalité de la société a pour effet de conférer à celle-ci une existence autonome par rapport à ses membres²¹⁴³. Le principe de séparation vaut tant pour les personnes que pour leur patrimoine. Parmi les attributs de la personnalité, le patrimoine est essentiel. Le lien entre la personne, physique ou morale, et le patrimoine est maintenu en principe dans notre système juridique. Il est donc théoriquement logique qu'à la séparation des personnes s'ajoute la séparation des patrimoines.

661 Il ne s'agit pas ici de proposer une nouvelle théorie du patrimoine²¹⁴⁴. On ne contestera pas sérieusement la théorie d'Aubry et Rau, « cette théorie est toujours enseignée et toujours critiquée, aujourd'hui comme à l'aube du siècle »²¹⁴⁵. L'objectif est le même que celui qui a motivé l'étude du droit subjectif puis de la capacité : faire apparaître les liens entre l'idée de patrimoine et la théorie de la personnalité morale. Le lien entre personnalité morale et patrimoine apparaît analogue à celui qui lie la personnalité en général et le patrimoine. Le rapport est réciproque. Selon la formule de Mademoiselle Bellivier, « le patrimoine est tellement important pour caractériser la personnalité morale qu'on prend parfois la cause pour l'effet »²¹⁴⁶. En effet si en principe le patrimoine est la conséquence de la personnalité morale (§1), la présentation a parfois été renversée pour affirmer que le patrimoine est la cause de la personnalité morale (§2).

2143 En ce sens : J.-P. VERSCHAVE, thèse précitée, n° 229.

2144 Sur l'histoire du patrimoine : H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, Rousseau 1910, p. 33 sqq. L'ancien droit bien évidemment ne s'opposait pas aux divisions patrimoniales et ignorait même l'idée d'un patrimoine général. Voir POTHIER, *Traité des donations entre vifs*, in *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, par M. BUGNET, t. 8, Plon et Cosse et Marchal 1861, n° 139 sqq.

2145 P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTDCiv. 1966.185.

2146 F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, thèse dactyl., Paris I 1997, n° 358.

§ 1 Le patrimoine, conséquence de la personnalité

662 Sans prétendre proposer une nouvelle théorie du patrimoine, il est tout de même nécessaire de rappeler les termes du débat (I). Ce préalable est nécessaire afin de saisir les implications de la théorie du patrimoine (II).

I Les théories du patrimoine

663 Les théories traditionnelles du patrimoine lient étroitement patrimoine et personnalité. Mais elles n'expliquent pas la raison d'être de ce lien, ce qui leur a valu de sévères critiques. Une doctrine moderne insiste sur l'importance de l'intérêt dans la construction de la théorie du patrimoine.

664 **La théorie de l'unicité du patrimoine et sa critique.** La théorie classique de l'unicité du patrimoine est attribuée à Aubry et Rau. Ils l'ont cependant reprise de Zachariae dont ils ont à l'origine traduit l'ouvrage²¹⁴⁷. L'unité de la personne justifie l'unité du patrimoine²¹⁴⁸. Le patrimoine est « une émanation de la personnalité, c'est d'elle qu'il tire son indivisibilité »²¹⁴⁹.

665 La critique vise le fondement même de la théorie²¹⁵⁰. D'une part, on peut contester le lien établi entre la personnalité et le patrimoine²¹⁵¹ ; d'autre part, on peut contester l'indivisibilité de la personne²¹⁵². Dans un cas, on admettra l'existence de patrimoines sans sujet, dans l'autre, on admettra la constitution de patrimoines d'affectation²¹⁵³. Gény dans *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* a critiqué la théorie classique qui représente à ses

2147 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, 1^{ère} éd., t. IV, Lagier 1844, § 573 sqq. Voir également V. LASSERE, *La doctrine du patrimoine chez Zachariae*, mémoire DEA de philosophie du droit, Paris II 1995, notamment p. 34 sqq., pour une traduction fidèle de l'œuvre originale, et p. 56 sqq., pour une comparaison des théories de Zachariae et d'Aubry et Rau quant à l'unicité du patrimoine. Il semble en particulier que dès leur première traduction les auteurs français ont modifié la présentation de Zachariae dans un sens plus abstrait et rigide.

2148 Voir F. BELLIVIER, thèse précitée, p. 186, n. 12.

2149 R. SÈVE, *Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau*, Archives de philosophie du droit 1979, p. 247, spéc. p. 249. Voir Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, 1^{ère} éd., t. IV, Lagier 1844, § 573 et § 575. Voir récemment F. COHET-CORDEY, *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, RTDCiv. 1996.819.

2150 Voir Fr. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. SALEILLES, 2^{nde} éd., LGDJ 1919, n° 67 ; F. BELLIVIER, thèse précitée, n° 242 sqq. ;

2151 Voir H. GAZIN, thèse précitée, notamment p. 481 et p. 494, note 3.

2152 Voir G. WICKER, thèse précitée, n° 196.

2153 Qui ne sont pas nécessairement détachés de toute personne physique ou morale.

yeux un exemple des excès du conceptualisme²¹⁵⁴. Il soutenait que la théorie d'Aubry et Rau était inutile et dangereuse²¹⁵⁵ : inutile, car elle est « incapable de justifier toutes les solutions légales » ; dangereuse, car elle empêche le développement d'autres théories, telle celle des patrimoines d'affectation. La critique de Gény a cependant une conséquence paradoxale. Elle conduit à l'admission des patrimoines d'affectation qui sont plus encore que le patrimoine de la théorie classique, des abstractions juridiques²¹⁵⁶.

666 La critique de l'unicité du patrimoine a également conduit à l'élaboration de la théorie du patrimoine d'affectation²¹⁵⁷. La pertinence du fondement personnel de la théorie du patrimoine, à savoir l'unité de la personne, peut être contestée. L'unité de la personne est postulée plus qu'elle n'est expliquée par la doctrine classique²¹⁵⁸. L'opinion classique serait juste à la rigueur pour l'individu, mais pas pour la personne juridique. Cette critique apparaît particulièrement justifiée en matière de personnalité morale. Celle-ci connaît des opérations ignorées du droit des personnes physiques : scission et fusion notamment prouvent assez la divisibilité de la personnalité morale²¹⁵⁹. Il serait permis d'envisager la possibilité de diviser le patrimoine d'une même personne en plusieurs masses distinctes et autonomes. Les partisans du patrimoine d'affectation fondent le patrimoine sur la notion d'affectation mais rejettent l'idée d'un patrimoine sans sujet. La critique est moins radicale et de cette façon plus convaincante. Elle fait surtout apparaître, dans la version rectifiée de Monsieur Guinchard, que les notions d'affectation et de personne ne sont pas en opposition²¹⁶⁰. Les théories critiques de l'unicité du patrimoine, en particulier celle de Gény et de Gazin, sont essentiellement négatives. Cela a certainement nui à leur pénétration dans la doctrine.

667 **L'unicité du patrimoine aujourd'hui.** La valeur didactique et positive de la théorie classique du patrimoine reste incontestable²¹⁶¹. Les auteurs en conservent l'essentiel tout en

2154 Fr. GÉNY, *Méthodes d'interprétation*, op. cit., n° 67.

2155 Fr. GÉNY, *Méthodes d'interprétation*, op. cit., n° 67, p. 143.

2156 Voir J.-P. VERSHAVE, thèse précitée, n° 428.

2157 Voir ci-dessous, n° 824 sqq.

2158 Voir B. STARCK, H. ROLAND, R. BOYER, *Introduction au droit*, 5^{ème} éd., Litec 2000, n° 1379.

2159 Une société commerciale peut ainsi donner naissance par scission à deux nouvelles sociétés : articles 1844-4 du Code civil et L. 236-1 du Code de commerce.

2160 S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 399.

2161 En ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 19^{ème} éd., PUF 2000, n° 8.

admettant certains aménagements²¹⁶². Certes le Code civil ne contient aucune référence à l'unicité du patrimoine. La jurisprudence, en revanche, fait référence à l'unicité du patrimoine qui s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales ainsi qu'au principe posé à l'article 2092 du Code civil²¹⁶³. L'unicité du patrimoine apparaît dans la jurisprudence de la Cour de cassation comme un principe de droit privé²¹⁶⁴. La règle reste donc de droit positif²¹⁶⁵. Si la critique radicale de la théorie classique n'a pas donné les résultats escomptés par ses promoteurs, c'est sans doute que le problème était mal posé. Les théories critiques de l'unicité du patrimoine ont conduit à un approfondissement de la théorie classique afin de la fonder plus sûrement. La découverte du rôle de la notion d'intérêt a contribué au développement d'une théorie renouvelée du patrimoine.

668 La notion d'affectation. La faiblesse de la théorie classique du patrimoine tient surtout à ce qu'elle n'explique pas la raison de l'unicité du patrimoine. Si chacun perçoit ce qu'elle a de juste, le seul sens commun ne peut fonder une solution en droit. La notion d'intérêt au fondement de la notion d'affectation peut remplir ce rôle explicatif. L'affectation à un intérêt déterminé de biens explique la cohérence de la masse ainsi constituée. L'idée d'affectation était déjà au cœur de la théorie de Saleilles²¹⁶⁶. C'est à Monsieur Guinchard que revient le mérite d'une étude exhaustive de la notion en droit privé²¹⁶⁷. L'affectation apparaît sous un double aspect : « la détermination d'un but et la réalisation de ce but »²¹⁶⁸. Ainsi définie, elle peut expliquer la corrélation de l'actif et du passif.

2162 Voir J. CARBONNIER, op. cit., n° 2 sqq. ; G. CORNU, *Introduction. Les personnes. Les biens*, 10^{ème} éd., collection Domat Droit privé, Montchrestien 2001, n° 839 sqq. ; F. COHET-CORDEY, article précité ; *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, 4^{ème} éd., LGDJ 1994, n° 213. Pour une justification moderne de la théorie d'Aubry et Rau : M. RÉMOND-GUILLOUD, *L'avenir du patrimoine*, Esprit novembre 1995, p. 59.

2163 Civ. I, 23 avril 1969 (quatre arrêts), D. 1969.341, conclusions BLONDEAU ; Com., 22 juin 1993, BC., IV, n° 264, D. 1993, Somm. 366, obs. A. HONORAT ; RTDCiv. 1994.888, obs. Fr. ZÉNATI.

2164 Civ. I, 23 avril 1969 (quatre arrêts), précités.

2165 F. BELLIVIER, thèse précitée, n° 366 sqq.

2166 R. SALEILLES, note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894.2.85 ; du même auteur *Etudes sur les sociétés en commandite*, Annales de droit commercial 1895, p. 10 sqq., p. 64 sqq. et 1897, p. 29 sqq. L'idée a pénétré le droit positif : Civ. I, 15 février 1983, BC., I, n° 61, « l'élément déterminant d'une fondation est l'affectation d'une masse de biens à un but déterminé ».

2167 S. GUINCHARD, thèse précitée, spéc. n° 381. Voir également Fr. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactyl., Lyon III 1981, n° 541.

2168 S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 13.

669 La corrélation de l'actif et du passif. Le patrimoine est défini comme une universalité et plus précisément comme une universalité de droit²¹⁶⁹. Cela signifie qu'il existe une masse active destinée à répondre du passif. Cette qualification doctrinale soulève la question de la corrélation de l'actif et du passif. Il s'agit sans doute de l'énigme la plus importante de la théorie du patrimoine. On a pu affirmer ainsi que la différence entre la théorie classique et la théorie moderne du patrimoine tient à une opposition sur les modes d'imputation du passif²¹⁷⁰. En particulier, il faut savoir si le passif greève tout l'actif ou s'il peut n'en grever qu'une partie²¹⁷¹. Les rédacteurs du Code civil n'employaient guère le mot *patrimoine*²¹⁷². Ils ont préféré utiliser *les biens*²¹⁷³. Aujourd'hui encore certains auteurs insistent sur l'aspect actif du patrimoine²¹⁷⁴. Cette opinion est une critique de la vision comptable du patrimoine dans la théorie classique²¹⁷⁵. Une telle vision serait contraire au sens commun²¹⁷⁶ et présenterait quelques incohérences²¹⁷⁷. Le patrimoine est alors défini comme « l'avoir légitime d'une personne physique ou morale »²¹⁷⁸, un ensemble de biens grevé de charges passives. Certains textes semblent utiliser le terme *patrimoine* en ce sens : ainsi l'article 272 du Code civil qui dispose que le juge doit prendre en considération [le] patrimoine [des époux], tant en capital qu'en revenu » lorsqu'il doit fixer la prestation compensatoire en cas de divorce. Monsieur Guinchard a apporté des éclaircissements décisifs sur ce point dans sa

2169 Voir F. BELLIVIER, thèse précitée, n° 264 sqq. Pour une critique du patrimoine *universitas juris* : N. MEVORACH, *Le patrimoine*, RTDCiv. 1936.811.

2170 En ce sens : F. H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, préf. M. PHILONENKO, LGDJ Descer, Paris Liège 1957, n° 38.

2171 Voir F. H. SPETH, thèse précitée, n° 38.

2172 Voir cependant les articles 878 et 881 du Code civil. Il est à relever que le mot est employé dans des dispositions relatives à la séparation des patrimoines (qui n'est cependant pas une séparation stricte des patrimoines). Voir en dehors du Code civil : article L. 214-50 du Code monétaire et financier, qui emploie l'expression *patrimoine immobilier locatif*.

2173 Voir notamment les deux articles qui fondent la théorie classique du patrimoine : articles 2092 et 2093 du Code civil.

2174 En ce sens : A. SÉRIAUX, *La notion juridique de patrimoine*, RTDCiv. 1994.800. Voir *Rapport général*, in *Sociologie du patrimoine. La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE, rapport remis à la Chancellerie 1995, n° 10 sqq.

2175 En ce sens : A. SÉRIAUX, article précité.

2176 En ce sens : A. SÉRIAUX, article précité.

2177 G. DE LA PRADELLE, *L'homme juridique, essai de critique de droit privé*, collection critique du droit, François Maspéro PUG 1979, p. 222 sq. Voir également N. MEVORACH, *Le patrimoine*, RTDCiv. 1936.811.

2178 En ce sens : A. SÉRIAUX, article précité.

thèse²¹⁷⁹. Selon cet auteur, la corrélation entre l'actif et le passif de certaines affectations s'explique par la notion d'intérêt collectif²¹⁸⁰. Sous la seule réserve qu'inspire le qualificatif *collectif*²¹⁸¹, cette explication semble parfaitement convaincante²¹⁸².

670 Monsieur Sève pense cependant que la théorie de l'unicité du patrimoine justifiée par l'intérêt reste aussi incomplète que celle, classique, de l'unité par la volonté²¹⁸³. Il ajoute qu'à coté de l'unification par la volonté et de l'unification par l'intérêt, il existerait une unification par la structuration interne de la réalité elle-même²¹⁸⁴. On peut rapprocher l'idée de structuration de celle d'organisation. Mais alors, si l'organisation existe dans un intérêt déterminé, l'unification par la structuration interne de la réalité ne présente aucune autonomie par rapport à l'unification par l'intérêt. Si l'intérêt comme notion explicative du patrimoine semble ne pas être incontestable, il reste sans doute le fondement théorique le plus convaincant dégagé à ce jour. Cette approche est par ailleurs particulièrement éclairante en matière de personnalité morale.

II Application aux personnes morales

671 Selon Roger Percerou, la question de l'unicité du patrimoine des personnes morales ne se pose pas tout à fait de la même manière qu'en matière de personne physique²¹⁸⁵. Cela justifie que l'on entreprenne une application aux personnes morales des données dégagées plus haut. La question du patrimoine dans ses rapports avec la personnalité morale présente un double aspect comme le patrimoine lui-même²¹⁸⁶. Parfois, c'est l'aspect actif du patrimoine qui est en

2179 S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 392 sqq.

2180 S. GUINCHARD, *ibid.*

2181 Le caractère collectif de l'intérêt est indifférent dans la mesure où il existe des personnes morales sans membre.

2182 Elle remet en cause à nouveau l'absence de personnalité morale de la communauté conjugale : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 396, où l'auteur révèle les raisons de pure politique juridique qui se sont opposées à la reconnaissance de cette personnalité. Le handicap qui affecte l'entreprise est beaucoup plus grave puisque c'est toute aptitude à s'exprimer par des organes qui fait défaut : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 397. On peut aller plus loin encore et soutenir, en conformité avec le droit positif que l'intérêt de l'entreprise n'existe pas.

2183 R. SÈVE, *Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau*, Archives de philosophie du droit 1979, p. 247, spéc. p. 257.

2184 R. SÈVE, *ibid.*, qui donne en particulier l'exemple du navire.

2185 R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé, Patrimoine d'affectation*, thèse dactyl., Paris 1951, p. 26.

2186 Il est vrai cependant que l'aspect actif paraîtra souvent primer. Voir *Répertoire civil Dalloz*, article précité, par G. WICKER, n° 41 sq., qui soutient que l'autonomie

cause : telle organisation a-t-elle des biens propres (A) ? D'autres fois, c'est l'aspect passif qui est source de difficultés : a-t-elle un passif propre (B) ?

A) L'actif de la personne morale

672 L'absence apparente de patrimoine ne peut être un argument contre la personnalité morale d'une institution. Des auteurs ont soutenu qu'il existait des personnes morales sans patrimoine ou du moins sans patrimoine important²¹⁸⁷. L'impérialisme du droit des sociétés a peut-être conduit la doctrine à exagérer l'importance du patrimoine comme attribut de la personnalité morale²¹⁸⁸. Il reste cependant un élément essentiel nécessaire à l'accomplissement de la mission de toute organisation personnifiée. Quelques exemples choisis parmi les situations limites suffiront à établir cette proposition.

673 **Les sociétés et les associations.** L'autonomie active des sociétés n'est plus à démontrer. Aucune compensation entre créances des associés et dettes de la société n'est admise ; l'autonomie patrimoniale interdit toute compensation²¹⁸⁹.

674 L'autonomie patrimoniale détermine-t-elle la nature des droits des membres ? L'article 529 du Code civil dispose sur ce point que les parts de sociétés de commerce sont de nature mobilière quand bien même elles comprendraient des immeubles dans leur patrimoine²¹⁹⁰. On peut cependant douter du lien nécessaire qui existerait entre la nature mobilière des droits d'associés et la séparation des patrimoines. La règle posée par l'article 529 du Code civil est avant tout une disposition commode qui permet de déterminer avec sûreté la nature de ces droits²¹⁹¹. Elle ne varie pas en fonction de

patrimoniale ne joue pleinement que pour l'actif. L'autonomie n'est que relative pour le passif (n° 42). Cette relativité de l'autonomie passive, qui se manifeste essentiellement par l'existence de personnes morales à responsabilité illimitée à côté de personnes morales à responsabilité limitée, sera étudiée plus loin : voir ci-dessous, n° 862 sqq.

2187 Voir E. LÉVY, *Les fondements du droit*, Alcan 1933, p. 6 ; G. GOUBEAUX, *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens*, in *Aspects actuels du droit commercial français. Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 198, n° 16.

2188 En ce sens : G. GOUBEAUX, *Ibid.*

2189 Civ., 7 février 1905, S. 1906.1.15. Voir cependant B. DONDÉRO, thèse précitée, n° 645 sqq.

2190 Les actions conservent leur nature après la dissolution de la société : article L. 228-21 du Code de commerce. Voir J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, *Bibl. dr. priv.* n° 149, LGDJ 1977, n° 66.

2191 Voir M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 403 et n° 516. Les statuts des sociétés par actions de l'ancien droit contenaient d'ordinaire une clause qui conférait aux actions une nature mobilière : H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Domat-Montchrestien

la composition du patrimoine. La règle s'explique également par le fait que le but des sociétés de commerce est financier : c'est un accroissement monétaire, et donc mobilier, que poursuivent les associés. Il est naturel dans ces conditions que leurs droits dans la société soient mobiliers²¹⁹².

675 Dans les associations il est également évident que les sociétaires ne sont pas propriétaires des biens de l'association. Ils jouissent plutôt d'un droit de créance ou encore d'un droit *sui generis* dit droit social²¹⁹³.

676 **Les comités sociaux.** Aucun problème ne se pose aujourd'hui pour les comités d'entreprise et d'établissement. Ils bénéficient certes de droits d'une nature incertaine sur les biens mis à leur disposition par le chef d'entreprise²¹⁹⁴. Mais la loi leur reconnaît expressément un patrimoine dont ils ont la libre gestion²¹⁹⁵. Ils jouissent d'un patrimoine distinct de celui de l'entreprise, de celui de ses membres comme de celui des salariés de l'entreprise²¹⁹⁶. Il est vrai cependant qu'apparemment la mission essentielle des comités d'entreprise et d'établissement n'exige pas un patrimoine important²¹⁹⁷. L'expression des intérêts des salariés est possible avec peu de moyens. Au contraire, la gestion des œuvres sociales conduit les comités d'entreprise à constituer des patrimoines parfois considérables. Les comités centraux des grandes entreprises ont des budgets qui dépassent de beaucoup le bilan de nombreuses PME. La situation des comités de groupe et d'hygiène et de sécurité est moins évidente. On affirme souvent qu'ils n'ont aucun patrimoine²¹⁹⁸. Les comités de groupe et d'hygiène et de sécurité ne sont pas régis par des dispositions comparables à celles qui régissent les budgets de fonctionnement des comités d'entreprise et d'établissement. On peut soutenir cependant qu'ils ont le droit d'obtenir la participation de

1938, p. 191.

2192 Voir Ch. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, t. I, *Cours de Code Napoléon*, Vol. 9, 4^{ème} éd., A. Durand et L. Hachette et C^{ie}, 1870, n° 413.

2193 C. C. ZAMFIRESCO, *Des rapports juridiques de l'association avec ses membres en droit français et en droit comparé*, thèse Paris, Jouve & C^{ie} 1922, p. 191.

2194 Voir J. SAVATIER, *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, Coll. droit du travail, éd. Liaisons 1992, p. 95 sq.

2195 Article L. 431-6 du Code du travail.

2196 Voir J. SAVATIER, *Les relations patrimoniales entre l'entreprise et le Comité d'entreprise*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à J. Derrupé*, GLN-Joly Litec 1991, p. 257 sqq.

2197 J. SAVATIER, *Les relations patrimoniales entre l'entreprise et le Comité d'entreprise*, article précité.

2198 En ce sens : G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 51.

l'employeur à la réalisation de son but (articles L. 236-3, alinéa 1 et L. 236-9-III, alinéa 1 du Code du travail)²¹⁹⁹. L'existence d'un patrimoine ne fait aucun doute mais sa consistance reste limitée. Ce sera surtout en présence de dettes que les difficultés risquent d'apparaître. La Cour d'appel de Versailles a rejeté l'argumentation d'un employeur qui refusait de supporter le frais d'une expertise demandée par le CHSCT de son entreprise²²⁰⁰. L'employeur prétendait que le CHSCT pouvait obtenir l'aide juridictionnelle en sa qualité de personne morale à but non lucratif. La Cour d'appel relève en sens contraire que l'octroi de l'aide juridictionnelle est subordonné à l'absence de ressource. Cette condition n'est pas satisfaite car le comité tire ses ressources de l'employeur.

677 Le syndicat des copropriétaires. Le syndicat des copropriétaires est une personne morale dont l'objet est la conservation de l'immeuble et la gestion des parties communes. Quels sont alors les droits du syndicat ? Le syndicat n'est à aucun moment présenté comme le propriétaire de l'immeuble dans la loi de 1965²²⁰¹. Il en est cependant le gardien²²⁰². La Cour de cassation tend à établir un parallèle entre le syndicat gardien de l'immeuble et le propriétaire de celui-ci²²⁰³. Selon la doctrine majoritaire, il n'est pas non plus propriétaire des parties communes²²⁰⁴. Cependant il dispose d'un droit de disposition sur ces mêmes parties (articles 16, 25 et 26 de la loi de 1965), ce qui ne semble pas étonner outre mesure une partie de la doctrine²²⁰⁵. L'idée d'une propriété réduite des copropriétaires²²⁰⁶ ou de démembrement de la propriété a parfois été avancée en doctrine²²⁰⁷. Si le copropriétaire ne bénéficie pas de l'intégralité du droit réel, le syndicat est le seul titulaire possible des prérogatives

2199 Voir A. GHOZI, *La personne morale*, article précité, n° 170.

2200 Versailles 26 avril 2000, Juris-data 118.635.

2201 Voir E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *La copropriété des immeubles bâtis*, 4^{ème} éd., Litec 1989, n° 255.

2202 Civ. I, 16 juin 1998, D. 1998, IR. 180 ; JCP 1998, IV, 2806 ; JCP 1998, I, 185, n° 17, obs. G. VINEY.

2203 Civ. I, 16 juin 1998, précité ; Civ. II, 17 décembre 1997, JCP. 1998, I, 171, obs. H. PÉRINET-MARQUET.

2204 Voir E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, n° 255.

2205 Le syndicat peut être amené à accomplir des actes de disposition à l'occasion d'établissement de servitude de voisinage par exemple. Voir H. CHARLIAC, *J.-Cl. Civil*, Appendice articles 544 à 577, Fasc. 20, n° 95.

2206 Voir P. HÉBRAUD, *A propos d'une forme particulière de copropriété : la copropriété par appartements*, RTDCiv. 1938.23, spéc. p. 27 sq.

2207 Chr. ATIAS, *Propriété et communauté dans la copropriété des immeubles bâtis*, JCP. 1980, I, 2971, n° 10 sqq.

retirées à ses membres²²⁰⁸. Ce droit relève donc du patrimoine de la personne morale. Même si le syndicat devait ne pas être propriétaire des parties communes, cela ne signifierait pas qu'il serait dénué de tout patrimoine²²⁰⁹. Il peut bien sûr acquérir des biens et notamment des immeubles (article 26, a) de la loi de 1965). Il peut se porter acquéreur de parties privatives sans que celles-ci perdent leur nature (article 16 de la loi de 1965). Le patrimoine du syndicat des copropriétaires reste cependant principalement un patrimoine de transit²²¹⁰. Il est se rapproche sur ce point du patrimoine des comités sociaux. Il est composé de créances à faire valoir contre les copropriétaires²²¹¹. Cela suffirait à lui reconnaître un véritable patrimoine. En effet il est impossible de voir dans les copropriétaires les véritables titulaires de ces droits. Ils sont débiteurs des charges et ne peuvent être simultanément créanciers. Ces créances ne peuvent donc qu'être propres au syndicat.

678 Les mêmes idées trouvent à s'appliquer à la société de quirataires²²¹². Une Cour d'appel a eu l'occasion d'affirmer que l'existence d'un patrimoine n'est pas une condition de l'existence de la personnalité morale mais une conséquence de celle-ci²²¹³. La décision est cependant ambiguë dans la mesure où elle juge par ailleurs que la société de quirataires n'a pas de patrimoine propre puisque seuls les quirataires sont propriétaires du navire. En réalité, l'absence de droit de la société sur le navire ne doit pas faire conclure hâtivement à l'absence de tout patrimoine. Elle signifie uniquement que son patrimoine comprend d'autres éléments que la propriété complète du navire. Il peut en particulier intégrer des créances et des dettes à l'égard des quirataires²²¹⁴.

2208 Voir Chr. ATIAS, article précité, n° 16.

2209 Voir Cl. LOMBOIS, *Commentaire de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, D. 1966, L, p. 93, n°95 ; M. SALUDEN, *J.-Cl. Civil*, Appendice articles 544 à 577, Fasc. 40, n° 12.

2210 Voir Cl. LOMBOIS, article précité, n° 70. La situation de l'association syndicale libre est comparable sur ce point : Civ. III, 27 septembre 2000, RDI. 2000.598, obs. P. CAPOULADE.

2211 Voir Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 5^{ème} éd., Dalloz 1998, n° 631.

2212 Sur le parallèle entre la société de quirataires et la copropriété des immeubles bâtis : P. CHAUVÉAU, *Réflexions sur la copropriété des navires*, in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ 1966, p. 65.

2213 Basse-Terre, 6 novembre 1995, PA. 2 juillet 1997, p. 16, note B. SOINNE. Voir également *Synthèse de droit des affaires*, par Y. PACLOT, avec la collaboration de S. MOISDON et de G. DE LAPASSE, in *Sociologie du patrimoine*, op. cit., p. 9 sq.

2214 Voir Com., 8 juin 1999, DMF. 1999.905, conclusions J.-P. REMERY, note A. VIALARD. L'arrêt ne tranche pas la question mais les conclusions du Conseiller Rémy sont tout à fait éclairantes sur l'état de la doctrine.

679 Le patrimoine des masses. La question de l'existence du patrimoine des masses a surtout concerné la masse des créanciers. La collectivité des créanciers, naguère réunis au sein de la masse, bénéficie-t-elle de droits de nature patrimoniale ? Ripert refusait la personnalité morale à la masse en raison d'une prétendue absence de patrimoine²²¹⁵. Monsieur Wicker préfère leur reconnaître une personnalité réduite purement processuelle²²¹⁶. Bruno Oppetit constatait au contraire que la masse jouissait de droits propres liés à un démembrement du droit de propriété du débiteur²²¹⁷. Avant la loi de 1967, la Cour de cassation avait déjà reconnu l'existence d'un patrimoine de la masse qui recueillait les sommes auxquelles étaient condamnés les dirigeants fautifs²²¹⁸. Depuis la loi de 1985 la réponse peut être identique sous une réserve cependant. Le démembrement n'atteint pas tant le droit de propriété du débiteur que le droit d'action des créanciers. La masse des créanciers atteint avant tout les droits des créanciers²²¹⁹. L'ouverture d'une procédure collective prive les créanciers de leurs droits individuels d'action qui est transféré à la collectivité. Ils seront exercés par le représentant des créanciers. Réunis ainsi sur la tête d'une seule personne, ces droits d'action tendent à devenir un droit nouveau : un droit de gage précisé et renforcé. L'idée n'est pas nouvelle et semble avoir résisté aux réformes récentes²²²⁰. On peut affirmer par ailleurs que l'existence d'un actif n'est pas nécessaire à l'existence d'un patrimoine. Celui-ci

2215 G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd. LGDJ 1954, n° 2647. Voir cependant A. HONORAT, *La masse des créanciers dans la liquidation ou le redressement du débiteur*, in *Etudes offertes à André Audinet*, PUF. 1968, p. 227, spéc. n° 12, qui rappelle que l'absence d'actif n'exclut pas l'existence d'un patrimoine, car le patrimoine est la conséquence de la personnalité et non sa cause.

2216 *Répertoire civil Dalloz*, article précité, par G. WICKER, n° 51.

2217 B. OPPETIT, thèse précitée, p. 24.

2218 Com., 27 octobre 1964, D. 1965.129, note M. CABRILLAC ; RTDCom. 1965.179 et 183, obs. R. HOUIN ; JCP 1964, II, 13968, note J. A. L'année suivante elle a admis que les biens acquis après l'ouverture de la procédure étaient la propriété de la masse : Com., 16 mars 1965, D. 1966.63. La solution était peut-être excessive. Elle résultait de la confusion des missions du syndic : à la fois représentant du débiteur et représentant de la masse. La solution a été implicitement reprise récemment. La Cour de cassation a ainsi affirmé que les sommes recueillies après une action en comblement de passif devaient être réparties au marc le franc sans tenir compte des privilèges : Com., 20 mai 1997, D. 1997, IR. 144 ; Dalloz Affaires 1997.799 ; Dr. Soc. 1997, Comm. 122, note Y CHAPUT ; RPC. 1997.487, obs. A. MARTIN-SERF. Le patrimoine du débiteur apparaît ainsi à certains égards comme un patrimoine « en trompe-l'œil » : A. MARTIN-SERF, *L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse*, in *Procédures collectives et droit des affaires. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche 2000, p. 143.

2219 En ce sens : H.-J. LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, RTDCom. 1969.891, n° 76 ; J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 219 sqq.

pourrait à la rigueur ne consister qu'en un passif²²²¹. Il peut enfin être composé essentiellement d'actions en justice ce qui est le cas de la collectivité des créanciers. L'intérêt des créanciers n'est pas d'accroître le patrimoine d'une éventuelle masse, mais d'accroître leur gage²²²². La collectivité atteint son objectif par l'exercice d'actions en justice dont les créanciers étaient titulaires avant le jugement d'ouverture. Exceptionnellement cependant, il semble permis de soutenir que certaines sommes rentrent dans le patrimoine de la nouvelle masse. En effet, l'article L. 626-16 du Code de commerce prévoit que le représentant des créanciers peut se constituer partie civile dans les procédures qui mettent en cause le débiteur²²²³. Le texte ne précise pas cependant quel est le sort des sommes ainsi obtenues. Il est impossible de les faire tomber dans le patrimoine du débiteur en vertu de l'article L. 621-39 du Code de commerce, dans la mesure où l'on ne peut attribuer le montant d'une réparation à l'auteur ou au complice d'un fait délictueux. Si le débiteur ne peut recevoir les dommages-intérêts obtenus au moyen de l'action civile, seuls les créanciers peuvent en bénéficier. La discipline collective impose quant à elle que la répartition ait lieu au marc le franc. Cette solution s'explique parfaitement par la personnalité morale de la masse.

680 La chambre commerciale a rappelé par ailleurs l'impossibilité d'opérer la compensation entre la créance d'un fournisseur, qui avait fourni un crédit abusif à un débiteur en difficulté, et celle de la caution de ce débiteur²²²⁴. Elle affirme pour cela qu'il résulte de l'article L. 621-39 du Code de commerce que le représentant des créanciers agit dans l'intérêt collectif de ceux-ci et que les sommes recouvrées à la suite des actions qu'il engage entrent dans le patrimoine du débiteur pour être affectées en cas de continuation de l'entreprise, selon les modalités prévues pour l'apurement du passif et pour être réparties, en cas de cession de l'entreprise ou de liquidation, entre tous les créanciers au marc le

2220 Voir J. PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^{ème} éd., avec la collaboration de M. DESSERTAUX, Rousseau 1935, n° 94.

2221 En ce sens en matière de procédure collective : A. HONORAT, article précité, n° 12.

2222 En ce sens : J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 233.

2223 Voir A. MARTIN-SERF, article précité.

2224 Com., 28 mars 1995, D. 1995.410, note F. DERRIDA ; RTDCiv. 1996.165, n° 18, obs. J. MESTRE ; RTDCom. 1996.127, obs. A. MARTIN-SERF ; Banque 1995.118. Voir également la jurisprudence antérieure à la réforme de 1985 : Com., 26 novembre 1968, BC., IV, n° 332 ; Com., 6 novembre 1968, BC., IV, n° 314 ; JCP. 1969, II, 15759.

franc. Monsieur Derrida pense au regard de la motivation de l'arrêt que la seule justification possible de cette solution réside dans l'absence de réciprocité des créances²²²⁵. Ce serait reconnaître « implicitement que, sur le fondement de cette affectation, qui pourrait être à l'origine... d'un patrimoine, les créanciers forment une collectivité indépendante du débiteur »²²²⁶. Cette solution est d'autant plus justifiée que le patrimoine du débiteur recueille par le jeu des articles L. 621-39 et L. 624-3 du Code de commerce des sommes qui réparent des préjudices subis non par lui mais par ses créanciers.

681 L'indivision. Lorsque l'on s'interroge sur la personnalité morale de l'indivision, la question de son éventuel patrimoine se pose nécessairement. L'indivision ne serait pas propriétaire des biens indivis. Pourtant la séparation des patrimoines est plus nette dans l'indivision que dans la communauté conjugale²²²⁷. L'autonomie de l'actif de l'indivision se manifeste en particulier par le jeu de certains mécanismes tels que l'accroissement ou la subrogation réelle. Les fruits des biens indivis accroissent à l'indivision²²²⁸. La règle de l'accroissement illustre l'autonomie de l'indivision de manière particulièrement claire si l'on considère le cas de l'indivision successorale. En effet, elle fait entrer dans la masse à partager des biens qui n'ont jamais appartenu au *de cuius*, dans la mesure où les fruits peuvent naître postérieurement au décès²²²⁹. Le jeu de la subrogation réelle contribue à faire de l'indivision un patrimoine autonome²²³⁰. Elle n'est certes pas propre au patrimoine mais constitue un indice de l'autonomie de la masse indivise²²³¹. L'indivision jouit aujourd'hui de l'autonomie patrimoniale²²³². En 1907, la Cour de cassation a affirmé que la vente d'un bien indivis, préalable au

2225 F. DERRIDA, note précitée, D. 1995.410.

2226 F. DERRIDA, note précitée, D. 1995.410. Madame Martin-Serf pense au contraire que la notion d'affectation ne doit pas faire penser à un patrimoine d'affectation : obs. précitées A. MARTIN-SERF, RTDCom. 1996.127. Ce n'est pas au patrimoine d'affectation qu'il faut penser mais au patrimoine d'une personne morale.

2227 En ce sens : P. CATALA, *L'indivision*, Def. 1979, article 31874, n° 8.

2228 Article 815-10 du Code civil.

2229 Fr. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, préf. J. PATARIN, Bibl. dr. priv. n° 89, LGDJ 1968, n° 152 sqq.

2230 Civ. I, 31 mars 1992, BC., I, n° 96 ; Civ. I, 30 juin 1992, BC., I, n° 208. Voir D. MARTIN, *Le droit de l'indivision*, D. 1977, Chr. 221, n° 46.

2231 Voir H. CAPITANT, *L'indivision successorale*, Rev. crit. 1924.19 et 1924.84, spéc. p. 30 sqq.

2232 En ce sens : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 374 ; Fr. DELHAY, thèse précitée, n° 255 sqq. Cette dernière thèse aurait inspiré la réforme de l'indivision : Y. LEQUETTE, *Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil*, in *Études dédiées à Alex Weil*, Dalloz-Litec 1983, p. 371, n° 10.

partage, est faite « en réalité pour le compte de la masse successorale »²²³³. Elle reconnaissait alors l'autonomie de la masse indivise par l'admission de la subrogation. L'hypothèque consentie par un indivisaire seul, suivie de la vente du bien, n'est pas nulle ; elle a eu lieu pour le compte de la masse indivise et le prix qui en est retiré entre dans l'actif à partager. L'autonomie est manifeste depuis cet arrêt Chollet-Dumoulin.

682 L'indivisaire n'est-il pas propriétaire cependant ? Selon certains auteurs, l'indivisaire n'est pas propriétaire des biens indivis²²³⁴. Le bien indivis est-il alors pour l'indivisaire la chose d'autrui ? La Cour de cassation l'a parfois laissé entendre lorsqu'elle a traité la vente d'une chose indivise sans le consentement de tous les indivisaires comme la vente de la chose d'autrui²²³⁵. La jurisprudence a également considéré que l'indivision ne constituait qu'une seule exploitation pour l'application de la réglementation du cumul d'exploitations²²³⁶. Enfin, la jurisprudence a parfois jugé que l'indivision elle-même était associée d'une société²²³⁷. En revanche, la Cour de cassation a jugé que le bûcheron qui a opéré des coupes dans un bois appartenant à des indivisaires sans obtenir le consentement de tous les indivisaires peut être poursuivi pour vol²²³⁸. Cette solution suppose que l'indivisaire soit titulaire d'un droit de propriété²²³⁹. Comment concilier ces deux tendances du droit positif ? Il serait possible de remettre en cause l'idée selon laquelle l'indivision n'est qu'une modalité du droit de propriété²²⁴⁰. Les indivisaires seraient

2233 CR., 5 décembre 1907, DP. 1908.1.113, note A. COLIN ; S. 1908.1.5, note Ch. LYON-CAEN ; H. CAPITANT, Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 11^{ème} éd., Dalloz 2000, n° 117.

2234 Fr. DELHAY, thèse précitée, n° 291 sqq., l'auteur considère que la propriété revient à la collectivité des indivisaires : l'indivision serait une forme de propriété collective.

2235 Voir notamment Civ. I, 17 juillet 1958, D. 1958.169.

2236 Civ. III, 4 février 1976, BC., III, n° 46.

2237 Civ. I, 19 novembre 1958, S. 1959. 121, note J. AUTESSERRE ; JCP. 1959, II, 11023, note J. DERRUPPÉ ; Com., 9 octobre 1972, BC., IV, n° 234 ; RS. 1973.475, note J. G. ; B. Joly 1973, § 48 ; D. 1973.273, note J.-J. BURST. En sens contraire : Civ. I, 6 février 1980, RS. 1980.521, note A. VIANDIER. Il semble que le même raisonnement ne peut pas être tenu pour la communauté dans la mesure où l'article 1832-2 du Code civil dispose que la qualité d'associé appartient à l'époux qui a fait l'apport à la société ou réalise l'acquisition et qu'elle appartient aussi à son conjoint si celui-ci le souhaite.

2238 Crim., 27 février 1996, B. Crim., n° 96 ; RTDCiv. 1996.936, obs. Fr. ZÉNATI.

2239 Voir les obs. de Monsieur Zénati sous l'arrêt précité, qui relève également que les magistrats n'ont sans doute pas eu conscience de leur contribution au débat sur la nature juridique de l'indivision.

2240 Voir Fr. DELHAY, thèse précitée, n° 291 sqq. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JOURDAIN, *Les biens*, Dalloz 1995, n° 59. Voir également Fr. ZÉNATI, Th. REVET, *Les*

titulaires non pas d'un droit de propriété mais d'un droit *sui generis*. L'indivision, personne morale, serait titulaire d'un droit réel sur les biens indivis, droit dont le bénéficiaire serait retiré aux indivisaires. Le modèle d'une telle construction pourrait être trouvé dans la copropriété des immeubles bâtis. Cependant cette voie reste incertaine. Peut-être serait-il plus sage de reconnaître la propriété des biens aux seuls indivisaires tout en admettant que la gestion est de la compétence de l'indivision. La finalité de l'indivision, personne morale, serait la gestion des biens indivis. Cela ne rend pas nécessaire la reconnaissance d'un droit réel à l'indivision. Il faut admettre cependant que cette dissociation de la propriété et de la gestion conduit à rapprocher l'indivision d'autres personnes morales, telles que la société ou la copropriété des immeubles bâtis. Cette solution serait en définitive une étape vers la reconnaissance d'un droit réel appartenant à l'indivision. Il semble bien que si la première explication est encore un peu audacieuse aujourd'hui, elle s'imposera sans doute à l'avenir.

683 En matière d'indivision, la compensation a été écartée entre les créances d'anciens époux²²⁴¹. La Cour de cassation a censuré l'arrêt qui avait compensé les indemnités d'occupation dues par les époux, alors que la compensation ne peut avoir lieu qu'entre deux obligations dans lesquelles les parties ne figurent pas en la même qualité. La Cour d'appel ne pouvait, selon la Cour de cassation, admettre la compensation alors que l'ex-épouse, qui occupait un immeuble propre du mari, devait une indemnité à ce dernier, personne physique, tandis que l'ex-époux devait une indemnité à l'indivision post-communautaire. Cette solution implique une véritable autonomie des patrimoines, que la personnalité morale explique de manière naturelle.

684 **La famille.** Selon Kojève, il existe un patrimoine familial qui réunit non seulement les meubles et les immeubles mais aussi, et surtout, l'œuvre familiale : « la propriété familiale n'est que la matérialisation de cette œuvre »²²⁴². Dans la mesure où l'œuvre familiale a pour objectif « la pérennité de la famille en tant que

biens, 2^{ème} éd., collection Droit fondamental, PUF. 1997, n° 268, selon qui les théories récentes en matière d'indivision sont le résultat de déformation de la théorie de la propriété.

2241 Civ. I, 25 février 1997, Droit et Patrimoine, juin 1997, p. 80, obs. A. BÉNABENT.

2242 A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Bibliothèque des idées, Gallimard 1981, p. 491.

famille » et l'éducation des enfants²²⁴³, on peut également considérer que le patrimoine familial peut comprendre des droits originaux tels que le droit à la protection du logement de la famille (article 215 du Code civil) ou à la protection du conjoint survivant. Le changement de régime matrimonial justifié par un souci de prévoyance à l'égard du conjoint survivant a, de cette façon, été jugé conforme à l'intérêt de la famille par la jurisprudence²²⁴⁴. L'indétermination du bénéficiaire immédiat est l'indice de ce qu'aucun des époux n'est personnellement titulaire d'un droit subjectif. Il en est de même dans le cadre de la protection du logement de la famille. L'article 215 du Code civil accorde un pouvoir à chaque époux mais aucun droit. Chacun participe à la disposition du logement de la famille : si le bien est un propre d'un époux par exemple, il ne pourra plus en disposer librement comme s'il s'agissait d'un droit subjectif ordinaire. Réciproquement, son conjoint se voit reconnaître un pouvoir d'autoriser les actes de disposition du logement dans l'intérêt de la famille. Les droits ainsi retirés aux époux sont affectés à l'intérêt de la famille, c'est-à-dire en définitive à la famille elle-même, dont chaque époux devient l'organe. Le patrimoine de la famille contient par ailleurs une créance d'une nature particulière : la contribution aux charges du mariage²²⁴⁵. Ces observations permettent de faire apparaître l'existence d'un patrimoine de la famille en dehors de l'hypothèse la plus manifeste qui reste celle de la communauté.

685 L'absence d'un patrimoine familial distinct de celui des époux était le principal argument opposé à la reconnaissance de la personnalité de la famille en général et de la communauté en particulier. Au pourvoi qui soutenait que la communauté conjugale constitue une personne civile, la Cour de cassation a répondu en 1860 que le mari étant souverain administrateur et maître de la communauté, sa personnalité seule est apparente devant la loi²²⁴⁶.

2243 A. KOJÈVE, op. cit., p. 492.

2244 Voir ci-dessus, n° 290 sqq.

2245 Voir J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de L'Université Y. Cadoret 1932, notamment p. 108 sq.

2246 Civ., 18 avril 1860, arrêt Barçon, S. 1860.1.306, note G. MASSÉ ; DP. 1860.1.185. Voir également Civ., 28 décembre 1886, arrêt Gacon, S. 1887.1.213. Une partie de la doctrine avait cependant soutenu le contraire dès le XIX^e siècle. Voir en particulier A. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. XIV, 3^{ème} éd., Alex-Gobelet 1934, n° 96. L'arrêt Barçon contredit par ailleurs un arrêt antérieur des Chambres réunies qui avait affirmé que la femme effectuait ses reprises à titre de créancière et non de propriétaire : CR., 16 janvier 1858, arrêt Moinet, S. 1858.1.9, note L.-M. DEVILLENEUVE ; DP. 1858.1.5 ; H. CAPITANT, Fr.

Cette jurisprudence n'est plus d'actualité. Outre qu'elle méconnaît de manière grossière la personnalité propre de la femme, elle recourt à des arguments dont la pertinence est contestable. L'arrêt se fonde d'abord sur le caractère occulte et général du privilège qui serait reconnu aux créanciers si la personnalité morale devait être attribuée à la famille. En réalité, l'argument ne porte pas car la préférence dont bénéficient les créanciers d'une personne morale n'est pas un privilège. En effet, les privilèges ont pour finalité de créer un ordre entre créanciers d'une même personne (article 2093 du Code civil) ; or, en présence d'une personne morale, les créanciers en concours sont des créanciers de personnes différentes. L'arrêt Barçon se fonde ensuite sur une conception dépassée des régimes matrimoniaux selon laquelle le mari est le maître de la communauté.

686 La jurisprudence a par ailleurs jugé irrecevable le recours en garantie exercé par le coauteur contre le parent d'un mineur victime d'un accident de la circulation ayant pour effet de priver directement ou indirectement cette victime de la réparation intégrale de son préjudice, prévue par les dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985²²⁴⁷. Un arrêt du 20 avril 1988 en particulier a justifié cette solution en relevant le caractère illusoire de la réparation accordée à l'enfant si ses parents pouvaient être appelés en garantie par le coauteur de l'accident. Cette jurisprudence constitue une véritable reconnaissance de la solidarité familiale née de la communauté de vie²²⁴⁸. C'est en quelque sorte la famille elle-même qui est victime. Le droit à réparation qu'institue la loi de 1985 profite en définitive à la famille et non, uniquement, à l'individu.

687 Le bien de famille institué par la loi du 12 juillet 1909 crée également un droit dont le bénéficiaire est la famille²²⁴⁹. L'article 1^{er} de la loi dispose que le bien de famille est institué « au profit de toute famille ». L'affectation familiale a pour effet de rendre l'immeuble concerné insaisissable. Il reste possible d'aliéner le bien avec le consentement du conjoint ou du conseil de famille selon les

TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 11^{ème} éd., Dalloz 2000, n°89.

2247 Civ. II, 20 avril 1988 (deux arrêts), BC., II, n° 87 ; D. 1988.580, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTDCiv. 1988.790, n° 15, obs. P. JOURDAIN.

2248 Voir *Synthèse de droit patrimonial de la famille*, par H. LÉCUYER, avec la collaboration de V. BOUTTEAU, C. BRUSA, D. FENOUILLET, H. NICO, in *Sociologie du patrimoine*, op. cit., p. 38 sqq.

2249 Loi du 12 juillet 1909, DP. 1910.4.1. Le bien de famille est inspirée du *homestead* américain. Voir R. SALEILLES, *Le homestead aux Etats-Unis*, Imprimerie J. Berthoud 1895.

hypothèses. La modification du droit du propriétaire est donc importante au point que l'on peut considérer que les prérogatives qui lui sont retirées appartiennent à la famille. L'institution n'a cependant pas connu un grand succès en raison de la faible valeur que ne peut dépasser le bien de famille. L'article L. 215-1 du Code de l'action sociale et des familles renvoie cependant toujours à la loi de 1909 sans prévoir de mesures de nature à lui redonner quelque vigueur. L'extension du domaine de l'insaisissabilité par la loi du 10 juillet 1991 contribue également à faire apparaître un patrimoine familial²²⁵⁰. L'article 14, 4° de la loi de 1991 déclare insaisissables les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour le paiement de leur prix. L'affectation familiale modifie le droit de propriété en faveur de la famille. Ces observations permettent de soutenir que la propriété familiale conserve une valeur sociale indéniable²²⁵¹.

688 L'existence d'un patrimoine en matière de régimes matrimoniaux se manifeste également dans l'admission de la subrogation²²⁵² ainsi que dans l'exclusion de la compensation. La jurisprudence a affirmé que la compensation ne jouait pas en cette matière. La Cour d'appel de Caen a ainsi écarté toute compensation entre la dette de récompense de la femme et la créance de récompense du mari insolvable²²⁵³.

689 La reconnaissance de la personnalité morale de la famille en général et celle de la communauté en particulier affermirait les solutions du droit positif et conduirait à l'abandon des solutions les plus contestables de la jurisprudence du XIX^e siècle. En particulier la préférence donnée aux créanciers communs sur les créanciers personnels pourrait être reconnue ; l'effet déclaratif du partage serait limité à la date de dissolution de la communauté²²⁵⁴. Fondée en droit positif, la théorie de la personnalité morale de la famille, conduit également à une modernisation de notre droit matrimonial.

2250 Voir *Rapport général*, in *Sociologie du patrimoine*, op. cit., n° 47 ; *ibid.*, *Les objets insaisissables*, par G. DECOQ.

2251 Voir *Rapport général*, in *Sociologie du patrimoine*, op. cit., n° 43 sqq.

2252 En ce sens : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 375.

2253 Caen, 9 juillet 1889, DP. 1890.2.137, note LOYNES. La solution est cependant différente en matière de créances entre époux mariés sous le régime de la séparation.

2254 Ces propositions conduiraient à reconsidérer les solutions adoptées par les arrêts Barçon et Gacon. La limitation de l'effet déclaratif du partage par la reconnaissance de la personnalité de la famille renforcerait par ailleurs les règles contenues aux articles 1442 et 1474 du Code civil.

690 Le groupe de sociétés fournit un contre-exemple intéressant. La Cour de cassation rappelle régulièrement que la filiale a une personnalité morale distincte de celle de la société mère²²⁵⁵. Les comptes consolidés qui permettent d'avoir une image fidèle et d'assurer la transparence dans les groupes de société pourraient amener à une remise en cause de cette analyse²²⁵⁶. Il n'en est rien cependant. Cette réglementation ne fait pas apparaître un patrimoine propre au groupe dans la mesure où les comptes consolidés ne sont qu'une extension des comptes de la société mère. Ils rendent possible une évaluation de la valeur réelle des participations de celle-ci dans ces diverses filiales et par conséquent l'évaluation de la valeur réelle des titres de la société consolidante. Le droit impose à la société mère une opération que les tiers ne peuvent réaliser sans exposer des dépenses dissuasives. Pas plus que pour la société isolée, le droit comptable ne fait apparaître un patrimoine autonome. Chaque société a donc un patrimoine propre. Chaque patrimoine ne peut donc servir de gage aux créanciers des autres sociétés du groupe. La compensation est en conséquence exclue entre les créances d'une filiale et les dettes de la mère à l'égard d'un salarié²²⁵⁷. La question est cependant complexe : elle illustre en particulier le lien entre l'aspect actif et l'aspect passif du patrimoine ; elle conduira également à s'interroger sur la mesure exacte de l'autonomie de la personne morale²²⁵⁸.

B) Le passif de la personne morale

691 L'existence d'un passif propre est le second indice de l'existence d'un patrimoine. Selon Ulpian, les dettes d'une *universitas* n'étaient pas celles de chaque membre en particulier²²⁵⁹. Inversement, les dettes personnelles des membres ne sont pas celles de la personne morale. L'existence ou l'absence de dettes propres à une organisation a parfois servi d'argument dans le débat sur leur personnalité morale. C'est le cas en particulier pour la communauté conjugale.

2255 Voir par exemple : Civ. III, 22 mai 1975, BC., III, n° 174 ; JCP. 1976, II, 18346, note D. RANDOUX. Com., 9 décembre 1997, BC., IV, n° 332.

2256 Voir les articles L. 233-16 du Code de commerce, qui réglementent les comptes consolidés dans les sociétés commerciales. Sur les rapports du droit comptable et du droit des sociétés : Voir V. SIMONART, *Droit comptable et droit des sociétés. Vers l'inclusion de la législation comptable dans le code des sociétés ?*, in *De l'importance de la définition en droit*, collection de la faculté de droit, Université libre de Bruxelles, Bruylant Bruxelles 1999, p. 149 sqq.

2257 Paris, 29 novembre 1962, D. 1963.648, note J.-M. VERDIER.

2258 Voir ci-dessous titre II.

2259 Ulpian, D. 3.4.7, §1.

692 **La famille.** Selon Monsieur Witz, s'il existe bien trois masses dans les régimes de communauté, il n'y a que deux patrimoines²²⁶⁰. Il est vrai qu'aucune dette n'est exclusivement commune au plan de l'obligation²²⁶¹. Cependant on peut relever qu'il existe un passif définitif de la communauté²²⁶². L'article 1409 du Code civil dispose en effet que le passif de la communauté se compose « à titre définitif, des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, conformément à l'article 220 ; à titre définitif ou sauf récompense, selon les cas, des autres dettes nées pendant la communauté ». De la même façon, on constate l'apparition d'un passif propre aux époux et particulièrement d'un passif propre exclusif à chacun des époux²²⁶³. Ainsi, depuis la réforme de 1965, aux termes de l'article 1410 du Code civil, les époux restent-ils seuls tenus des dettes qu'ils ont contractées avant le mariage ou qu'ils supportent au titre des libéralités reçues au cours du mariage. Cette apparition récente d'un véritable passif définitif de la communauté renforce l'idée de personnalité morale de la famille, en général, et de la communauté, en particulier. Elle rend indispensable de repenser la question dans des termes différents de ceux adoptés par les auteurs du XIX^e siècle, qui ne pouvaient observer de phénomènes semblables. Il faut prendre garde, par ailleurs, à ne pas confondre ici personnalité morale et organisation. Il peut y avoir dissolution de la communauté sans dissolution du mariage et de la famille²²⁶⁴. La dissolution de la communauté est alors une simple transformation de la personne morale-famille et non la dissolution de la personne morale elle-même²²⁶⁵. Ce n'est pas la communauté qui est une personne morale mais la famille dont la communauté n'est qu'une forme d'expression patrimoniale.

2260 *J.-Cl. Civil*, articles 2092 à 2094, Fasc. 80, par Cl. WITZ, n° 36. Voir également : *Rapport général*, in *Sociologie du patrimoine*, op. cit., n° 43 sqq., et les opinions embarrassées des personnes interrogées (entretiens F. Sarda et J.-M. Oudot).

2261 En ce sens : A. COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 10^{ème} éd., Litec 2000, n° 403 ; *J.-Cl. Civil*, articles 2092 à 2094, Fasc. 80, par Cl. WITZ, n° 36 ; A. GHOZI, *La personne morale*, article précité, n° 157.

2262 En ce sens : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 375 ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^{ème} éd., collection Thémis, PUF. 1997, n° 38, p. 249.

2263 En ce sens : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 375.

2264 Voir l'article 1441 du Code civil qui énonce les différentes causes de dissolution de la communauté.

2265 Ce qui explique qu'il n'y ait pas réellement mutation de propriété lors de la dissolution de la communauté : RM. 30 mars 1995, JCP. 1995, V, p. 65. Cette solution n'est pas incompatible avec l'existence de la personnalité morale. Voir ci-dessous, n° 956 sqq., sur la théorie de la mutation conditionnelle.

693 La procédure collective d'un époux commun en biens.

Il s'agit d'une question d'une grande importance pratique²²⁶⁶. En effet la majorité des procédures collectives sont ouvertes contre des personnes physiques qui, si elles sont mariées, ont toutes les chances de l'être sous le régime de la communauté légale. La complexité de la question peut cependant étonner²²⁶⁷. Elle ne doit pas décourager. Elle mérite d'être abordée car la personnalité morale de la communauté serait la seule explication des solutions dégagées en jurisprudence en matière de procédure collective d'une personne mariée sous le régime de la communauté. Pratiquement la difficulté est née de la confrontation d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, qui comprend les biens communs dans l'actif du débiteur soumis à la procédure, et du principe de la gestion commune instauré en 1985²²⁶⁸. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé le 23 décembre 1994 que si la liquidation judiciaire d'une personne mariée sous le régime de la communauté de biens ne modifie pas les droits que les créanciers de son conjoint tiennent du régime matrimonial, le dessaisissement de la personne interdit à ces créanciers d'exercer les poursuites sur les biens communs en dehors des cas où les créanciers du débiteur soumis à la liquidation judiciaire peuvent eux-mêmes agir²²⁶⁹. Elle a dû concilier les dispositions de l'article 1413 du Code

2266 Voir A. PERRODET, *Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire*, RTDCom. 1999.1.

2267 Voir M. STORCK, *L'exécution sur les biens des époux*, PA. 12 janvier 2000, n° spécial *Les réalisations d'actif dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, p. 12 ; *Procédures collectives et communauté conjugale*, PA. 26 août 1998, n° 102, colloque de l'Institut de droit des affaires de l'Université de Poitiers, en particulier C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Les dangers pour les créanciers de l'époux in bonis de l'ouverture d'une procédure collective contre son conjoint*, p. 16 ; J. CASEY, *Sûretés et famille*, Coll. doctorat et notariat, Imprimerie de la mouette 2000, n° 159 sqq.

2268 Civ. I, 21 novembre 1978, D. 1979.365, note M. JEANTIN ; JCP. 1979, II, 19204, note J. PATARIN. Voir également Ph SIMLER, *Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives*, PA. 17 juin 1998, n° 72, p. 28.

2269 AP., 23 décembre 1994, BC., AP, n° 7 ; D. 1995.145, rapport Y. CHARTIER, note F. DERRIDA ; JCP. 1995, II, 22401, note D. RANDOUX ; JCP. 1995 E, II, 660, note Ph. PÉTEL ; Def. 1995, art. 36040, n° 49, note G. CHAMPENOIS, et art. 36045, note F. DERRIDA ; RJC. 1995.55, note M. STORCK ; RPC. 1995.246, n° 2, obs. B. DUREUIL ; Y. CHARTIER, *La difficile conciliation des droits de la famille et de la « faillite »*, Rapport de la Cour de cassation 1994, La documentation Française, 1995, p. 117 sqq. et p. 325 sq. ; Droit et Patrimoine février 1995, p. 65, obs. A. BÉNABENT ; B. SOINNE, article précité ; J.-P. SÉNÉCHAL, *Le droit des procédures collectives à l'épreuve de la réforme des régimes matrimoniaux*, B. Joly 1995, § 69. Le pourvoi annexé à l'arrêt fait apparaître quelques incertitudes. En effet la cassation est demandée et obtenue sur le fondement des articles 152 et 161 de la loi de 1985. Le pourvoi reprend cependant les termes de l'argumentation du syndic de faillite (sic), « qui représente le débiteur et la masse des créanciers » (sic). Ces imprécisions étaient sans

civil et les règles des procédures collectives et en particulier les articles L. 622-9 et L. 622-23 du Code de commerce. Il n'est pas certain cependant que les faits de l'espèce permettaient de rendre un arrêt de principe. En effet les époux étaient codébiteurs solidaires. La même solution peut-elle être transposée lorsque le conjoint soumis à la procédure collective n'est pas lui même débiteur²²⁷⁰ ? Monsieur Chartier pense cependant que la solution posée en 1994 doit avoir une portée générale. La jurisprudence semble avoir suivi cette opinion. En effet la solution a été étendue au cas de redressement judiciaire par un arrêt du 20 mai 1997²²⁷¹. Par cette décision la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel qui avait validé une prise d'hypothèque sur un bien commun alors que les droits des époux ne peuvent être individualisés avant la dissolution de la communauté.

694 Il reste à fournir une justification à cette jurisprudence. L'idée d'obligation *propter rem* a été avancée par certains auteurs²²⁷². La nature de la communauté a également été invoquée. Selon Messieurs Storck, « il est bien établi aujourd'hui en droit positif que la communauté n'est pas une personne morale, mais qu'elle constitue une forme originale de copropriété »²²⁷³. Ces auteurs n'étudient pas cependant la question de l'influence de la nature juridique de la communauté sur la solution du problème²²⁷⁴. Au contraire, pour Monsieur Casey, la communauté n'est pas une indivision particulière dans la mesure où le statut des créanciers de l'époux *in bonis* est très différents dans l'une et dans l'autre. Selon cet auteur, la communauté serait une personne juridique à part entière²²⁷⁵. Quelles seraient alors

influence sur le litige mais elles illustrent si nécessaire la survivance de la masse. La question était apparue en 1993 : Com., 19 janvier 1993, BC., IV, n° 25 ; D. 1993.331, note A. HONORAT et J. PATARIN ; JCP. 1994, II, 22056, note Ph. PÉTEL ; JCP. 1994, I, 3733, obs. Ph. SIMLER ; Def. 1993, art. 35616, note F. DERRIDA et art. 35631, note J.-P. SÉNÉCHAL ; RTDCom. 1993.377, obs. A. MARTIN-SERF ; RPC. 1993.71, note C. SAINT-ALARY-HOUIN ; F. DERRIDA, *Redressement et liquidation judiciaires et régime de communauté*, D. 1994, Chr. 108, mais la question tranchée portait essentiellement sur le droit du cautionnement.

2270 Voir F. DERRIDA, *Le sort du passif né du redressement judiciaire d'un époux sous le régime de la communauté légale*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec 1993 ; du même auteur, note sous AP., 23 décembre 1994, D. 1995.145.

2271 Com., 17 juin 1997, D. 1998, Somm. 107, obs., S. PIÉDELIÈVRE ; RTDCiv. 1997.709, obs. P. CROCQ ; PA. 8 août 1997, obs. B. SOINNE.

2272 Voir en particulier F. DERRIDA, article précité.

2273 M. et P. STORCK, *Les biens communs dans les procédures de redressement judiciaire*, in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber Amicorum*, PUS. LGDJ. 1994, p. 449.

2274 Voir également M. ARRAULT et P. CORNILLE note sous Civ. I, 1^{er} mars 1988, JCP. N 1988, II, p. 318.

2275 J. CASEY, thèse précitée, n° 165, l'auteur ajoute que la personnalité morale de la communauté est la « seule façon de justifier le traitement très défavorable réservé

les conséquences de la personnalité morale de la famille en la matière²²⁷⁶ ? Elle pourrait elle-même être soumise à une procédure collective²²⁷⁷. Tous les créanciers ayant pour gage la communauté devraient alors déclarer leurs créances ; la communauté elle-même bénéficierait des délais de l'article L. 621-76 du Code de commerce ; à la dissolution, les dettes seraient transférées pour moitié à chaque époux qui sera tenu sur tous ses biens, y compris propres²²⁷⁸. La jurisprudence semble bien adopter certaines de ses propositions. En 1996, la Cour de cassation a non seulement le créancier hypothécaire personnel du conjoint du débiteur doit déclarer sa créance, mais, s'il n'a pas déclaré sa créance, il est en outre privé de tout droit de participer aux répartitions tant que les autres créanciers admis, y compris chirographaires, n'ont pas été désintéressés²²⁷⁹. Monsieur Simler s'étonne de voir un créancier hypothécaire primé par des créanciers chirographaires²²⁸⁰. On peut cependant voir dans cet arrêt l'affirmation de l'idée de préférence des créanciers du débiteur en redressement ou liquidation. Cette préférence illustrerait à nouveau la personnalité morale de la communauté.

695 La suspension des poursuites dont peut bénéficier un rapatrié interdit aux créanciers de son conjoint d'exercer des poursuites sur les biens communs pendant la durée de celle-ci²²⁸¹. Ce qui autorise à penser que les solutions dégagées en matière de procédure collective seront applicables, *mutatis mutandis*, aux rapatriés.

696 **L'indivision.** L'indivision jouit non seulement d'une autonomie active mais aussi d'une autonomie passive. Elle n'a cessé de croître depuis plus d'un siècle. La jurisprudence a jugé, dès 1912, que malgré la division légale des dettes de la succession entre les héritiers, le gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son

aux créanciers du conjoint *in bonis* ».

2276 Voir J.-P. SÉNÉCHAL, note sous Com., 19 janvier 1993, Def. 1993, art. 35631, n° 8, spéc. p. 1228.

2277 Voir F. DERRIDA, article précité, note 7, p. 155, qui écarte cette solution.

2278 Civ. I, 1^{er} mars 1988, BC., I, n° 53 ; JCP. 1988, II, 21158, note Ph. SIMLER ; JCP. N 1988, II, p. 318, note M. ARRAULT et P. CORNILLE ; Def. 1988, art. 34289, n°67, obs. G. CHAMPENOIS. Cette jurisprudence a été contestée car elle réduit considérablement la portée du bénéfice d'émolument.

2279 Com., 14 mai 1996, BC., IV, n° 129 ; D. 1996.460, note F. Derrida ; Def. 1997, art. 36497, n° 2, note J.-P. SÉNÉCHAL ; B. SOINNE, article précité.

2280 Ph SIMLER, *Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives*, article précité.

2281 Civ. I, 19 janvier 1999, Droit de la famille 1999, Comm. 68, note B. BEIGNIER ; JCP 1999, I, 154, n° 9, obs. Ph. SIMLER, qui relève cependant que l'analogie avec les procédures collectives de la loi de 1985 n'est que lointaine.

vivant, continue, même après son décès, et ce jusqu'au partage, de se substituer d'une manière indivisible sur l'hérédité tout entière²²⁸². L'article 815-17 du Code civil dispose aujourd'hui, d'une part, que les créanciers de l'indivision sont payés par prélèvement sur l'actif avant partage et qu'ils peuvent, en outre, poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. Il dispose, d'autre part, que les créanciers personnels ne peuvent pas saisir la part de leur débiteur dans les biens indivis. La seule possibilité pour les créanciers personnels est de provoquer le partage au nom de leur débiteur²²⁸³. Par rapport à la solution de 1912, la nouveauté de l'article 815-17 du Code civil réside dans l'extension de l'autonomie à toutes les indivisions²²⁸⁴. L'article 815-17 manifeste également l'autonomie passive de l'indivision, dans la mesure où il implique que le partage est effectué sur un actif net²²⁸⁵. Cette autonomie est encore accrue lorsque l'indivision est conventionnellement organisée. L'article 1873-15 du Code civil limite le droit de provoquer le partage reconnu aux créanciers personnels d'un indivisaire : la masse gagne en stabilité et en permanence. Les créanciers personnels peuvent cependant poursuivre la saisie et la vente de la quote-part indivise.

697 Selon Gazin, la masse indivise n'est pas un patrimoine autonome car il n'existerait aucun intérêt nouveau²²⁸⁶. On sait, aujourd'hui, qu'il existe bien un intérêt de l'indivision distinct de l'intérêt individuel des indivisaires²²⁸⁷. Cet argument ne peut donc être retenu contre la personnalité morale de l'indivision. Au contraire, le régime de la masse indivise se rapproche sensiblement de celui d'un patrimoine. Cette idée n'a cependant pas encore convaincu. Pour Messieurs Raffray et Sénéchal, par exemple, l'indivision n'est pas un véritable patrimoine. Ces auteurs reconnaissent cependant qu'en présence d'une indivision conventionnelle apparaît « un petit patrimoine sans personnalité morale »²²⁸⁸. L'indivision successorale elle-même peut voir son autonomie renforcée par le jeu de la

2282 Req., 24 décembre 1912 (arrêt Frécon), DP. 1915.1.45 ; S. 1914.1.201. L'arrêt reprend une formule d'Aubry et Rau : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd., t. 6, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence 1873, § 583.

2283 Article 815-17 alinéa 3 du Code civil. Le créancier agit par voie oblique et non en vertu d'un droit propre : Civ. I, 17 mai 1982, BC., I, n° 176. Les coindivisaires peuvent encore arrêter l'action du créancier en le désintéressant.

2284 Voir J.-G. RAFFRAY, J.-P. SÉNÉCHAL, *Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision*, JCP. N 1985, I, p. 129, n° 12.

2285 Voir D. MARTIN, *Le droit de l'indivision*, D. 1977, Chr. 221, n° 48 sq.

2286 H. GAZIN, thèse précitée, p. 371.

2287 Voir ci-dessus, n° 282 sqq.

séparation des patrimoines²²⁸⁹ et de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire²²⁹⁰. La séparation des patrimoines porte en réalité assez mal son nom, dans la mesure où elle n'accentue pas vraiment la distinction des biens indivis et des biens propres aux indivisaires. Elle instaure davantage un droit de préférence que chaque créancier est en droit d'invoquer individuellement²²⁹¹. Le bénéfice d'inventaire, en revanche, est demandé par les héritiers²²⁹² et assure une nette distinction entre les patrimoines²²⁹³. La succession apparaît alors comme un patrimoine autonome²²⁹⁴.

698 En définitive, si l'indivision a bien un intérêt propre, intérêt commun ou intérêt de l'indivision, sa personnification ne sera possible qu'en présence d'une publicité efficace. Ce n'est qu'en présence d'une indivision conventionnelle que l'autonomie patrimoniale de la masse indivise sera effective. Monsieur Paul Didier a déjà remarqué que l'indivision conventionnelle est proche de la personnalité morale²²⁹⁵. Les règles relatives à l'indivision constituent un régime personnifiant dont les effets sont accrus lorsqu'elles sont combinées avec les règles des sociétés en participation²²⁹⁶. L'autonomie et l'opposabilité de la société en participation associée à une indivision conventionnelle publiée fait apparaître une organisation susceptible d'être reconnue comme une personne morale.

699 L'indivision et la procédure collective d'un indivisaire. Les créanciers personnels des indivisaires ne peuvent saisir les biens indivis (article 815-17 alinéa 2 du Code civil). Ils peuvent en revanche provoquer le partage (article 815-17 alinéa 3). La situation est

2288 J.-G. RAFFRAY, J.-P. SÉNÉCHAL, article précité, n° 71. Voir également P. CATALA, *Le mineur héritier en droit commercial*, in *Dix ans de conférences d'agrégation. Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz 1961, p. 162 sqq., spéc. n° 17, p. 166. En sens contraire H. CAPITANT, article précité, spéc. p. 30.

2289 Articles 878 sqq. du Code civil.

2290 Articles 793 sqq. du Code civil.

2291 En ce sens : H. CAPITANT, article précité, spéc. p. 25. Voir également Y. LEQUETTE, *Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil*, article précité ; Ph. DURNERIN, *La notion de passif successoral*, préf. G. CORNU, *Bibl. dr. priv.* n° 217, LGDJ 1992, n° 775 sqq.

2292 S'ils ne demandent pas tous le bénéfice d'inventaire la situation devient plus complexe car il faut procéder à une application distributive des règles.

2293 Req., 11 décembre 1854, DP. 1854.1.49. Voir Fr. SAUVAGE, *op. cit.*, n° 2207.

2294 Voir J. PERCEROU, *La liquidation du passif héréditaire en droit français*, RTDCiv. 1905.535, spéc. p. 587.

2295 P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société. Les sociétés*, 3^{ème} éd., PUF 1999, p. 503 sqq., à propos de l'indivision dans la société en participation.

2296 Article 1872-1 du Code civil qui permet la conclusion d'une convention d'indivision régie par les articles 1873-2 et suivants du Code civil. En sens contraire : A. SÉRIAUX, *Répertoire civil*, article précité, n° 59.

différente lorsque les indivisaires sont codébiteurs solidaires : les créanciers peuvent saisir les biens indivis lorsqu'ils étaient créanciers avant l'indivision²²⁹⁷. Par ailleurs, le créancier hypothécaire de l'indivisaire *in bonis* peut poursuivre la saisie immobilière du bien grevé dès lors que le liquidateur n'a pas entrepris la réalisation du bien dans les trois mois du jugement²²⁹⁸. La solution diffère donc de celle retenue en droit matrimonial dans la mesure où le créancier de l'indivision peut poursuivre la réalisation du bien alors que le créancier de la communauté ne le pourrait pas. Si la Cour de cassation soumet cependant cette action aux conditions de l'article L. 622-23 du Code de commerce, l'indivision échappe tout de même dans une large mesure à la procédure collective. Selon certains auteurs, le droit de l'indivision doit en principe primer sur celui des procédures collectives²²⁹⁹. Les biens indivis restent en dehors de la procédure, et les créanciers de l'indivision sont payés hors procédure²³⁰⁰. Toutes ses solutions sont explicitement ou implicitement fondées sur l'article 815-17 du Code civil.

700 L'article 815-17 a pour raison d'être la protection des créanciers de l'indivision contre tout concours sur les biens indivis avant le partage. Pour quelle raison cependant ce texte crée-t-il une spécificité de l'indivision par rapport à la communauté ? Les droits des époux communs en biens sont en réalité aussi indéterminés que les droits des indivisaires²³⁰¹. La part de chacun peut être absorbée par un rapport de donation, une récompense ou un rapport de dette²³⁰². Le plus souvent il sera donc nécessaire de provoquer le partage afin de fixer les droits de chacun²³⁰³. Pourquoi alors distinguer ? Sans doute l'article 815-17 du Code civil instaure-t-il une différence significative avec la communauté dans la mesure où il permet de sortir de l'indivision à l'occasion de la procédure collective, alors que la

2297 Com., 28 janvier 1997, JCP. 1997, IV, 269, à propos d'époux séparés de biens. Encore faut-il que le créancier ait délivré un commandement de payer au conjoint de l'époux soumis à la procédure collective.

2298 Com., 6 juillet 1999, BC., IV, n° 152 ; Def. 2000, art. 37090, n° 2, note J.-P. SÉNÉCHAL.

2299 C. HENRY, D. FABIANI, *L'exécution sur les biens indivis*, PA. 12 janvier 2000, n° spécial *Les réalisations d'actif dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, p. 5.

2300 Civ. I, 14 juin 2000, BC., I, n° 182 ; D. 2000, AJ. 318, obs. A. LIENHARD ; Fr. VAUVILLÉ, *Indivision sur procédure collective ne vaut*, JCP. N. 2000, p. 1357.

2301 Voir en ce sens G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd., par Ph. DELEBECQUE ET M. GERMAIN, LGDJ 2000, n° 3171.

2302 Voir J.-P. SÉNÉCHAL, *Indivision et redressement judiciaire*, Def. 1992, art. 15265, n° 2.

2303 Voir J.-P. SÉNÉCHAL, article précité, n° 9 sq.

communauté n'est pas dissoute par l'ouverture d'une procédure collective (article 1441 du Code civil). La possibilité d'un partage provoqué conduisant chaque indivisaire à obtenir sa part est inconnu en droit matrimonial. Alors que l'article 815-17 alinéa 3 du Code civil permet par l'action oblique des créanciers de provoquer le partage, l'article 1446 interdit toute action oblique en séparation de biens judiciaire²³⁰⁴. Par conséquent afin de ne pas compromettre la réalisation du but collectif de redressement ou de liquidation, qui ne peut attendre le jour de la dissolution de la communauté, la procédure doit intégrer les biens communs. Cela nécessite l'intervention des créanciers personnels de l'époux in bonis. La comparaison des articles 815-17 et 1413 renseigne également sur la différence de situations. Alors qu'en vertu de l'article 1413 du Code civil la communauté fonctionne comme une coopérative de crédit pour les époux en répondant de leurs engagements personnels, l'article 815-17 tend, au contraire, à écarter les créanciers personnels des indivisaires. L'autonomie des passifs et l'opacité de l'indivision sont plus grandes que celles de la communauté. L'indivision entre époux se rapproche beaucoup de la communauté mais n'en présente pas les inconvénients²³⁰⁵. Son autonomie est davantage affirmée²³⁰⁶.

701 Quid en présence d'une convention relative à l'exercice des droits indivis ? L'article 1873-15 du Code civil dispose que l'article 815-17 du Code civil reste applicable. Mais le texte précise immédiatement que les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent provoquer le partage que dans les cas où l'indivisaire pourrait lui-même le provoquer. Cette limite restreint la faculté ouverte par l'article 815-17 dans la mesure où le partage ne peut être provoqué qu'en présence d'un juste motif lorsque la convention d'indivision est à durée déterminée. Si elle est à durée indéterminée, le partage peut être provoqué à tout moment pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps (article 1873-3 du Code civil). L'indivision conventionnelle se rapproche donc de la communauté conjugale dans la mesure où les créanciers ne peuvent pas toujours provoquer le partage. Faut-il réagir à ces restrictions par une unification des

2304 Comparer Civ. I, 8 mars 1983, D. 1983.613, note A. BRETON ; RTDCiv. 1994.539, obs. J. PATARIN et Civ. I, 9 novembre 1993, BC., I, n° 314 ; Def. 1994, art. 15761, n° 42, obs. L. AYNÈS.

2305 Voir Ph. SIMLER, *Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives*, article précité ; J. CASEY, thèse précitée, n° 159 sqq., spéc. n° 167.

2306 J. GATSI, *La sauvegarde des intérêts des coindivisaires du débiteur*, JCP. N, p. 1496 ; du même auteur, *Les créanciers du coindivisaire*, JCP. N, p. 1650.

solutions ? Cela n'est pas nécessaire car le créancier personnel de l'indivisaire peut poursuivre la saisie et la vente de la quote-part de l'indivisaire à défaut de pouvoir provoquer le partage (article 1873-15 alinéa 2). Par cette solution, la loi accentue encore l'autonomie de l'indivision. Celle-ci apparaît très nette en présence d'une convention relative à l'exercice des droits indivis.

702 **Les comités sociaux.** Le patrimoine des comités sociaux est formé essentiellement des versements de l'employeur. On peut affirmer que le comité a une créance sur le chef d'entreprise²³⁰⁷. Est-il possible d'envisager un recours des créanciers du comité contre le chef d'entreprise ? Peut-on imaginer que le chef d'entreprise soit tenu de désintéresser les créanciers du comité d'entreprise ? Cela est très douteux ; cependant la jurisprudence semble prête à l'admettre. Elle a même dépassé cette hypothèse. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion d'affirmer que l'employeur doit supporter, sauf abus, le coût de l'expertise que dans certaines situations, le CHSCT peut demander, ainsi que les frais de procédure de contestation éventuelle de cette expertise²³⁰⁸. L'employeur a non seulement dû payer un créancier du comité, mais il a dû supporter des dettes nées dans l'intérêt du comité et contre le sien propre : il est tenu de financer les procès que le CHSCT soutient contre lui. Il reste qu'en présence d'abus il est permis de penser que le chef d'entreprise sera libéré de sa dette. Mais alors qui en sera tenu ? On peut envisager la responsabilité personnelle des membres du comité. Il est improbable que le créancier du comité, victime de l'abus de celui-ci tout comme le chef d'entreprise, soit désigné pour supporter le risque d'insolvabilité du comité. Il y a donc une forte probabilité que les magistrats désignent les membres du comité pour supporter la dette sur le fondement, non d'une responsabilité illimitée²³⁰⁹, mais sur le fondement de la responsabilité personnelle des membres en raison de leur faute. Les comités d'entreprise peuvent par ailleurs se trouver en difficulté financière et

2307 Voir A. GHOZI, *La personne morale*, article précité, n° 170.

2308 Soc., 12 janvier 1999, D. Soc. 1999.301, note M. COHEN ; Semaine sociale Lamy 25 janvier 1999, p. 9 ; TPS 1999, Comm. 103, note B. TEYSSIÉ ; JCP 1999, I, 185, n° 25, obs. A. MARTINON.

2309 Sur la limitation de la responsabilité et la responsabilité illimitée : voir ci-dessous, n° 862 sqq.

être soumis à une procédure collective²³¹⁰ et peuvent notamment être mis en liquidation²³¹¹.

703 **L'absence d'autonomie de l'entreprise.** Malgré les termes du droit comptable, il est douteux que les notions d'actif et de passif de l'entreprise aient une véritable valeur juridique²³¹². Le destinataire des obligations comptables reste le commerçant, personne physique ou personne morale et non l'entreprise elle-même. L'article L. 123-12 du Code de commerce indique ainsi que l'entreprise est le bien du commerçant lorsqu'il emploie l'expression de « patrimoine de son entreprise ». Ces textes démontrent qu'il ne suffit pas d'être sujet grammatical pour devenir sujet de droit. La même observation vaut pour le droit des procédures collectives. La loi emploie les termes de droits de l'entreprise (article L. 621-16 du Code de commerce), de biens de l'entreprise (article L. 621-18 du Code de commerce), ainsi que de patrimoine de l'entreprise (intitulé de la section III du chapitre I du titre II du livre sixième du Code de commerce). Les mots ne suffisent pas à créer un patrimoine ; il faut que le droit crée les normes correspondantes²³¹³. L'étude du droit positif fait apparaître que l'autonomie patrimoniale de l'entreprise reste un mythe.

704 Le maintien du principe de l'unicité du patrimoine est un obstacle sérieux à la reconnaissance de l'autonomie de l'entreprise tant en droit français qu'en droit communautaire²³¹⁴. Le traité de l'Union utilise à plusieurs reprises la notion d'entreprise : particulièrement en son article 43 lorsqu'il affirme la liberté d'établissement, et en ses articles 81 et 82 pour interdire les pratiques anticoncurrentielles. Le droit communautaire n'adopte cependant pas un concept unitaire de l'entreprise²³¹⁵. Cette ambiguïté du terme en

2310 TGI. Paris, 23 février 1971, D. Soc. 1971.460, note J. SAVATIER. Voir également Y. FROMONT, *Les difficultés du droit des procédures collectives au cas particulier du comité d'entreprise*, D. Soc. 1992.45.

2311 Voir Y. FROMONT, article précité, à propos d'un jugement du TGI de Bobigny du 18 décembre 1990.

2312 Voir les articles L. 123-12 et L. 123-13 du Code de commerce. Ces textes utilisent les notions d'éléments du patrimoine de l'entreprise. Voir également la notion d'image fidèle du patrimoine de l'entreprise contenue à l'article L. 123-14 du Code de commerce : cette notion conduit à compléter les dispositions comptables voire à y déroger si elles ne permettent pas de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat de l'entreprise.

2313 Le droit comptable par exemple n'a créé aucune préférence sur le prétendu patrimoine de l'entreprise.

2314 En ce sens : L. ROZÈS, *Répertoire Droit du travail, V° Entreprise*, n° 8.

2315 En ce sens : J.-M. CONTINHO DE ABREU, *L'eupéanisation du concept d'entreprise*, RIDÉco. 1995.9.

droit communautaire nuit à la reconnaissance de la personnalité morale de l'institution. En particulier, elle semble conduire à une confusion de la personnalité et de l'organisation. L'entreprise est conçue parfois comme le sujet et d'autres fois comme l'objet des règles communautaires : tantôt sujet de droit, tantôt organisation de moyens²³¹⁶. L'entreprise est en réalité essentiellement une organisation. Ce constat ressort également de la jurisprudence communautaire qui insiste sur l'organisation de l'entreprise. Il a ainsi été jugé que « l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, rattachée à un sujet de droit autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé »²³¹⁷. Il est vrai cependant que l'entreprise est une organisation autonome. Le caractère déterminant de l'entreprise est certainement l'autonomie. Elle est nécessaire à la reconnaissance d'une entreprise. La structure juridique de l'entreprise en revanche est indifférente. Ces deux observations conduisent à relativiser la référence de l'arrêt Mannesman à un sujet de droit : l'autonomie de l'entreprise ne suppose pas l'existence d'une capacité d'expression autonome. L'existence d'une entreprise a été reconnue entre un fabricant et son distributeur. La définition de l'entreprise est purement fonctionnelle, elle ne contient pas de critère organique. Dans la doctrine communautaire, l'entreprise apparaît comme « toute entité économique consistant en une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé... indépendamment de son statut juridique »²³¹⁸. L'organisation domine ici sans que son autonomie et son opposabilité soit en cause. Or ces deux notions sont au cœur du concept de personnalité morale avec la notion d'intérêt distinct.

705 L'entreprise ne présente en droit positif aucune autonomie par rapport à l'entrepreneur. Il n'existe aucune corrélation entre l'actif et le passif²³¹⁹ : elle n'a pas de passif propre. Despax avait soutenu le contraire dans sa thèse sur *l'entreprise et le droit*, publiée en 1957²³²⁰. Il pensait discerner l'émergence d'un passif propre de l'entreprise qui tendrait à remettre en cause le principe traditionnel de l'absence de

2316 Voir J.-M. CONTINHO DE ABREU, article précité.

2317 CJCE., 13 juillet 1962, Mannesmann, Recueil, p. 675.

2318 A. BARAV, Chr. PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF 1993, V° *Accord restrictif de concurrence*, spéc. p. 24 sq.

2319 Voir notamment : Civ. I, 23 avril 1969 (quatre arrêts), D. 1969.341, conclusions BLONDEAU.

2320 M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. priv. n° 1, LGDJ 1957, n° 40 sqq.

transfert des créances et dettes en cas de cession de l'entreprise. Plus récemment, d'autres auteurs ont repris la thèse de l'autonomie de l'entreprise²³²¹. Le droit positif n'a pas suivi ces propositions doctrinales. L'unité de la procédure collective, fondée elle-même sur l'unicité du patrimoine, a été affirmée avec davantage de vigueur²³²². Quant au transfert du droit au bail, ce n'est pas une manifestation de l'autonomie de l'entreprise. Il se réalise au moyen d'une cession de créance, voire d'une cession de contrat mais ce droit ne suit pas de plein droit l'entreprise²³²³. Le transfert des contrats de travail n'est guère plus favorable à la reconnaissance de l'entreprise. L'article L. 122-12 du Code du travail n'est qu'une hypothèse de cession de contrat par l'effet de la loi. Le transfert du contrat n'implique aucune cession des dettes de l'employeur initial (article L. 122-12-1 du Code du travail). Tout au plus s'agit-il d'une solidarité légale qui laisse la charge définitive des dettes pesées sur le cédant. La cession d'une entreprise en difficulté peut être rapprochée des opérations visées par l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail²³²⁴. Elle peut porter non seulement sur l'entreprise elle-même, mais aussi sur une simple branche d'activité (article L. 621-83 du code de commerce). Le plan de cession entraîne cession des contrats nécessaires à l'exploitation (article L. 621-88 du Code de commerce). Ce transfert a lieu par l'effet de la loi et d'une décision de justice. Ces cessions de contrats appellent deux observations. D'une part, elles conduisent souvent à traiter l'entreprise elle-même comme un bien. Le droit des entreprises en difficulté est éclairant, qui traite de « la cession de l'entreprise » (article L. 621-83 du Code de commerce). D'autre part, les contrats cédés ne suivent pas nécessairement l'entreprise. La cession d'une simple entité qui n'a pas atteint le degré d'organisation de l'entreprise, suffit à déclencher l'application de la loi²³²⁵. Un tel

2321 Voir S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 379 sq.

2322 Voir récemment : Com., 14 février 1989, BC., IV, n° 61 ; Com., 27 novembre 1991, BC. IV, n° 360 ; D. 1992.81, note F. DERRIDA ; JCP. 1992, I, 136, n° 3, observation Ph. PÉTEL ; solution fondée sur le principe de l'unité du patrimoine. La solution était différente au XIX^e siècle : Req., 23 août 1853, DP. 1855.1.59.

2323 Voir AP., 14 février 1975, D. 1975.439 ; RTDCom. 1975.472, obs. M. PÉDAMON, qui applique le régime de la cession de créance.

2324 Voir M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, 5^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 736 sqq. L'existence d'une procédure collective modifie cependant les règles de transfert des contrats de travail (article L. 122-12-1 C. trav.).

2325 En droit du travail, voir notamment Soc., 17 janvier 1979, BC, V, n° 41 ; D. 1979, IR. 298 ; A. MAZEAUD, *Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : vers une réécriture des articles L. 122-12 et L. 122-12-1 du Code du travail ?*, D. 1998, Chr. 106. Une directive européenne du 29 juin 1998 a modifié

transfert est traité de la même façon que celui de l'entreprise tout entière. Aucune des cessions de contrats rattachées à la théorie de l'entreprise ne permet en définitive de faire apparaître un passif propre à l'entreprise conçue comme sujet de droit titulaire d'un patrimoine.

706 La location-gérance a été invoquée également pour illustrer l'idée d'un passif propre de l'entreprise. Despax trouvait un fondement à sa thèse dans la limitation de la responsabilité du propriétaire en cas de défaillance du gérant²³²⁶. Le propriétaire n'était tenu que dans la limite de la valeur du fonds. Cette règle n'est cependant plus de droit positif. Les grandes difficultés soulevées par l'application du décret de 1953 ont conduit le législateur à réformer à nouveau la matière en 1956. La loi du 20 mars 1956, aujourd'hui codifiée aux articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce, prévoit uniquement une obligation solidaire temporaire à la charge du loueur du fonds (article L. 141-7 du Code de commerce)²³²⁷. La location-gérance ne fait plus apparaître aujourd'hui un passif propre de l'entreprise. Aucun des signes d'émergence d'un passif propre de l'entreprise n'a donné lieu à des développements considérables depuis la thèse de Despax.

707 La loi 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite aussi loi Madelin, tend cependant à séparer le patrimoine professionnel du patrimoine personnel de l'entrepreneur. Elle instaure une double subsidiarité. D'une part, lors de la prise de garantie par un banquier²³²⁸, celui-ci doit dans la mesure du possible prendre ses sûretés sur les biens professionnels²³²⁹. D'autre part, lors des poursuites, le créancier poursuivant doit discuter d'abord les biens professionnels puis les biens personnels²³³⁰. L'efficacité de ce dispositif reste cependant incertaine²³³¹. Elle serait

l'état du droit communautaire mais consacre une conception de l'entité économique proche de celle adoptée en droit français. Voir S. DARMAISIN, *Le concept de transfert d'entreprise*, D. Soc. 1999.343.

2326 M. DESPAX, thèse précitée, spéc. n° 82, qui invoquait le décret du 22 septembre 1953. Voir également P. CHAUVEAU, *Le fonds de commerce. Patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre*, DH. 1939, Chr. 37.

2327 Si l'article L. 144-9 du Code de commerce traite des « dettes afférentes à l'exploitation » c'est pour les déclarer immédiatement exigibles lors de la fin de la location-gérance et non pour les transférer au propriétaire du fonds.

2328 Le domaine personnel de cette première disposition est donc limité.

2329 Article 60-1 de la loi bancaire du 24 janvier 1984 issu de la loi du 11 février 1994.

2330 Article 22-1 de la loi du 9 juillet 1991 relative aux voies d'exécution mobilière issu de la loi du 11 février 1994.

2331 Voir les doutes de Monsieur Witz : *J.-Cl. Civil*, article 2092 à 2094, Fasc. 80, par Cl. WITZ, n° 43.

cependant, pour certains auteurs, une première étape vers la création d'un patrimoine autonome²³³². Subsidiarité, cependant, n'est pas préférence ; c'est la préférence qui fait le patrimoine : une préférence justifiée par une affectation et non une subsidiarité justifiée par un souci de protection.

ADDE LOI DUTREIL

708 Le droit fiscal, enfin, tendrait à faire apparaître un patrimoine commercial distinct du patrimoine civil de l'entrepreneur personne physique²³³³. La notion même de bénéfices commerciaux, comme la réalisation d'amortissements et de provisions seraient les signes d'une certaine distinction entre deux masses²³³⁴. La théorie du bilan en serait la consécration²³³⁵. Certaines désaffectations donnent lieu à des impositions. Lorsque l'entrepreneur décide de ne plus affecter certains biens à son entreprise, il est redevable de l'impôt sur les plus-values²³³⁶. Peut-on en déduire qu'il existe une personnalité fiscale ou économique ? En réalité, ces manifestations de l'entreprise, étranges pour un civiliste, ont une raison d'être fiscale indépendante de la théorie de la personnalité morale. La distinction des revenus commerciaux et des revenus civils se justifiait à l'origine par la dualité des impôts : impôt cédulaire pour les revenus commerciaux, d'une part, et impôt général sur le revenu, d'autre part. La distinction des revenus a été maintenue malgré l'unification des impôts²³³⁷. L'assimilation du retrait partiel à une cession a, quant à elle, pour but d'éviter le chevauchement des règles applicables aux différents revenus. En définitive, ces solutions se justifient par une des finalités du droit fiscal qui est de mesurer les flux de valeurs générateurs d'impositions. L'évolution de la valeur ne suppose pas nécessairement le passage d'un patrimoine à un autre. On peut relever que le droit de l'enregistrement, branche du droit fiscal qui est la plus patrimoniale, ignore la distinction du patrimoine commercial et du patrimoine civil. En toute hypothèse, l'entrepreneur reste le seule redevable de

2332 A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse dactyl., Paris II 1995, n° 452. *De lege ferenda*, le recours à la personnalité morale ne s'impose pas.

2333 Voir D. KETCHEDJIAN, *L'entreprise et le droit fiscal : un nouveau sujet de droit ?*, Revue de Science financière 1974.415. Voir également G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, Bibl. dr. priv. n° 313, LGDJ 1999, n° 342 sq. et n° 357 sqq.

2334 D. KETCHEDJIAN, article précité.

2335 D. KETCHEDJIAN, article précité.

2336 Article 257, 8°, 1 a. Voir également D. KETCHEDJIAN, article précité.

2337 Voir D. KETCHEDJIAN, article précité.

l'impôt²³³⁸. Il n'existe donc pas de personnalité fiscale, ni de personnalité économique, indépendante de la personnalité morale de droit substantiel²³³⁹.

709 Le droit de l'entreprise n'a donc pas achevé le mouvement décrit par Despax²³⁴⁰. La distinction de l'entrepreneur et de l'entreprise reste imparfaite. L'entreprise n'est pas autonome en droit français : elle ne se distingue pas du commerçant qui est à sa tête²³⁴¹. Les solutions qui semblaient fonder les espoirs d'une certaine théorie de l'entreprise n'ont reçu aucun développement ; au contraire certaines ont été abandonnées. Elles sont restées le plus souvent des exceptions, illustrations d'une conception fonctionnelle de l'entreprise qui reste essentiellement la chose de l'entrepreneur. Ces exceptions s'expliquent davantage par des considérations propres aux matières qui les ont vues naître (droit du travail, droit commercial et spécialement du fonds de commerce), que par une conception générale de l'entreprise. On pourra le regretter, mais ce n'est pas le lieu d'en discuter. Il suffit de constater ici l'état actuel du droit positif. L'entreprise n'a aucune autonomie patrimoniale : l'entreprise apparaît plus souvent comme un bien que comme un sujet²³⁴². Le patrimoine est toujours celui de l'entrepreneur : personne physique, société ou association²³⁴³. La notion d'entreprise est bien une notion fonctionnelle, une commodité de langage : elle n'a rien de révolutionnaire en l'état actuel du droit²³⁴⁴.

710 La solution vaut *a fortiori* si l'on envisage le fonds de commerce et non plus l'entreprise. La notion d'entreprise a en partie été développée pour combler les lacunes de celle de fonds de commerce²³⁴⁵ et en particulier son incapacité à intégrer les dettes dans

2338 Voir G. BLANLUET, thèse précitée, n° 342.

2339 Voir D. KETCHEDJIAN, article précité, spéc. p. 453 sqq. ; P. SERLOOTEN, *De la prétendue personnalité fiscale de l'entreprise individuelle*, D. 1984, Chr. 175, qui relève l'absence de passif propre de l'entreprise.

2340 M. DESPAX, thèse précitée n° 44 sqq.

2341 En ce sens : Fr. CHALLEIL, *L'entreprise et les notions de sujet de droit et de patrimoine. Etude de Droit Français, Anglais et Allemand*, thèse dactyl., Montpellier 1974, p. 27 sqq.

2342 Voir H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le Droit d'Entreprise*, thèse dactyl., Rennes 1986, n° 330 sqq. L'entreprise est un bien complexe.

2343 Voir E. ALPHANDARI, *Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec 1991, p. 265.

2344 Voir Ph. PÉTEL, obs. sous Com. 27 novembre 1991, précité. Voir également CJCE., 2 décembre 1999, Europe 2000, Comm. 43, note L. IDOT ; RJS. 5/00, n° 600

2345 Voir P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, préf. J. PAILLUSSEAU, Bibl. dr. priv. n° 192, LGDJ

un patrimoine²³⁴⁶. Le fonds de commerce reste une universalité de fait²³⁴⁷. Tout d'abord, l'idée même d'un nantissement du fonds de commerce exclut que les dettes y soient intégrées²³⁴⁸. Ensuite, la faculté offerte au créancier d'obtenir par une même décision la condamnation de son débiteur et la vente du fonds ne crée pas un droit exclusif mais règle uniquement une question de procédure sans définir un ordre entre les créanciers²³⁴⁹. Enfin, l'obligation au passif que peut supporter l'acquéreur du fonds reste exceptionnelle et n'est qu'une sanction des règles de publicité de la cession²³⁵⁰. Son actif même est moins étendu que celui de l'entreprise : les immeubles notamment en sont exclus²³⁵¹. Il suffit de prendre pour exemple le mécanisme de l'attribution préférentielle. L'article 832 alinéa 4 du Code civil dispose que les règles qui la gouverne « sont applicables en ce qui concerne toute entreprise commerciale, industrielle ou artisanale, dont l'importance n'exclut pas un caractère familial »²³⁵². La demande d'attribution préférentielle peut porter sur le fonds comme sur l'entreprise. Dans la première hypothèse, elle portera aussi sur l'immeuble dans lequel est exploité le fonds, à condition que le bien soit également dans l'indivision.

1986, n° 232 sqq. ; Fr. CHALLEIL, thèse précitée, p. 27 sqq. ; M. SATANOWSKY, *Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce*, RIDC. 1955.726.

2346 Voir la loi de 1956, aujourd'hui insérée dans le Code de commerce : articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce. Voir cependant S. F. GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre. Etude de législation et de jurisprudence françaises et belge*, préf. M. PHILONENKO, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris 1938, n° 146 sqq. Voir également R. SALEILLES, *De la cession de dettes*, Annales de droit commercial 1890.1, spéc. n° 5 et n° 33 sqq.

2347 Sur la notion d'universalité : R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit. Contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, préf. J. BONNECASE, Sirey 1932, p. 50 sq. ; F. BELLIVIER, thèse précitée, n° 264 sqq., spéc. n° 273. La jurisprudence qualifie parfois le fonds de commerce d'universalité mais elle n'en tire aucune conséquence : Com., 12 novembre 1992, Def. 1993, art. 35531, n° 1, note P. LE CANNU ; RTDCom. 1993.285, n° 3, obs. J. DERRUPÉ. La personnalité de la maison de commerce a parfois été défendue : S. F. GRUNZWEIG, thèse précitée, spéc. n° 242 sqq. ; J. VALÉRY, *Maison de commerce et fonds de commerce*, Annales de droit commercial 1902.209 et 269. Saleilles, quant à lui ne voyait aucun obstacle à reconnaître dans le fonds de commerce un véritable patrimoine d'affectation dès lors que les tiers sont protégés, en particulier par des mesures de publicité : R. SALEILLES, *Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, Annales de droit commercial 1897.29, spéc. n° 61.

2348 En ce sens : P. LE FLOCH, thèse précitée, n° 58 sqq.

2349 Voir cependant S. F. GRUNZWEIG, thèse précitée, n° 145.

2350 Voir l'article L. 141-17 du Code de commerce ; P. LE FLOCH, thèse précitée, n° 59.

2351 Voir G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. I, 17^{ème} éd., par M. GERMAIN, L. VOGEL, LGDJ 1998, n° 559 sq., qui critiquent la jurisprudence.

2352 La jurisprudence fait apparaître les rapports entre le fonds de commerce et l'entreprise : Pau, 3 juillet 1963, JCP. 1963, II, 13427, note P. VOIRIN.

711 En l'état actuel du droit, il faut certainement approuver l'absence de reconnaissance de personnalité de l'entreprise et du fonds de commerce. Tout d'abord la reconnaissance de la personnalité du fonds de commerce ne correspond à aucun besoin de la pratique²³⁵³. La distinction du patrimoine de l'entreprise et du patrimoine de la société qui l'exploite serait ensuite très difficile à réaliser. Une telle organisation serait d'une extrême complexité : le patrimoine est-il celui de l'entreprise ou celui de la société ? Qui est le contractant ? Comment instaurer un contrôle de conventions ? Enfin, il serait à craindre que bien souvent l'incertitude des solutions nuise à l'ensemble des prétendus membres de l'entreprise, à l'exception des dirigeants. Ces derniers seraient les seuls bénéficiaires de la théorie de l'entreprise. L'entreprise est un ensemble de biens, un centre d'activité dont on ne peut nier l'existence. Mais une chose est de reconnaître l'existence d'une institution, autre chose est l'affirmation de sa capacité à être personnalisée.

2353 En ce sens : P. LE FLOCH, thèse précitée, n° 39.

§ 2 Le patrimoine, cause de la personnalité

712 **Politique juridique.** Le lien qui existe entre la personnalité et le patrimoine conduit à admettre que toute personne a un patrimoine mais aussi que tout patrimoine appartient à une personne. Cette proposition est sans doute trop générale comme l'ont démontré les critiques adressées à la théorie classique. Certes la création d'une personne morale a parfois semblé être le passage obligé pour reconnaître l'autonomie d'un patrimoine. Mais cela ne signifie pas que toute idée de patrimoine d'affectation en droit positif français soit écartée. La pratique préfère encore aujourd'hui la technique éprouvée de la personnalité morale à l'aventure du patrimoine d'affectation. Est-ce à dire que la théorie du patrimoine d'affectation ne concurrence en aucune façon celle de la personnalité morale ? Cela n'est pas certain. Selon certains auteurs le patrimoine appelle la personnalité et non le contraire²³⁵⁴. Il est vrai que des personnes morales ont parfois été reconnues afin de donner leur autonomie à des patrimoines. Le cas le plus célèbre est celui de l'EURL²³⁵⁵. Si la proposition est généralisée, il ne devrait rester aucune place en droit français pour le patrimoine d'affectation, ni pour aucune forme de propriété collective. Or il semble bien qu'il n'en soit rien.

713 **Le problème des patrimoines d'affectation.** Les théories modernes du patrimoine ont pris comme point de départ une critique de la théorie classique²³⁵⁶. Les auteurs modernes ont construit une théorie que les auteurs classiques n'avaient pas réellement formulée²³⁵⁷. Ces critiques ont conduit certains auteurs à proposer des alternatives à la personnalité morale. Les patrimoines d'affectation autonomes concurrencent ainsi la personnalité morale²³⁵⁸. Ils n'ont

2354 En ce sens : H. L. J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 11^{ème} éd. par Fr. CHABAS, Montchrestien 1996, n° 290.

2355 Voir Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6^{ème} éd., Dalloz 1996, n° 263. Voir également F. BELLIVIER, thèse précitée, n° 368 sqq., qui traite du maintien du « masque de la personnalité morale » à propos de l'EURL et de la fondation ; *Une reconnaissance de l'entreprise en droit français ?*, sous la direction de G. FARJAT, RIDÉco. 1987.521 ; J. PAILLUSSEAU, *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, JCP. 1986, I, 3242.

2356 Une critique d'autant plus légitime que l'histoire enseigne que l'unité du patrimoine n'est pas une règle constante dans le temps. En ce sens : F. H. SPETH, thèse précitée, n° 64.

2357 Sur ce procédé connu de l'épistémologie : Chr. ATIAS, *Epistémologie juridique*, collection droit fondamental, PUF 1985, n° 83.

2358 Sur ces théories : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p.453 sqq. ; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., n°16 sqq. et n° 360 sq. ; J. BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de G.*

cependant eu qu'un faible succès en droit positif comme en doctrine. Malgré tout, on peut reconnaître une certaine valeur à la théorie des patrimoines d'affectation.

714 Il est fréquent de relever l'hostilité du droit français à l'égard des patrimoines d'affectation et de leur personnalisation²³⁵⁹. Si la remarque garde toute sa justesse quant à la consécration de la théorie des patrimoines d'affectation en droit positif, elle a perdu de sa pertinence quant à leur personnalisation.

715 **La notion de patrimoine d'affectation.** La théorie des patrimoines d'affectation est d'origine allemande comme de nombreuses théories qui ont séduit la doctrine française dans les années 1890-1910²³⁶⁰. Le patrimoine d'affectation apparaît dès qu'une masse de bien est affectée à un but. Selon le *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, il peut être défini comme un « ensemble de biens répondant à la même finalité »²³⁶¹. Gazin distingue dans son étude critique les patrimoines à liquider, les patrimoines à conserver et les patrimoines à administrer²³⁶². Il reconnaît que certaines masses forment de petits patrimoines. Il faut pour cela, tout d'abord, que le but poursuivi soit nouveau et, ensuite, qu'il soit le centre autour duquel s'agrègent les éléments qui composent la masse²³⁶³. Il ajoute, enfin, qu'une certaine publicité de fait est nécessaire²³⁶⁴. La thèse de Gazin était fort séduisante mais n'a cependant pas été retenue par la doctrine. Monsieur Guinchard, qui reconnaissait cependant qu'elle était très proche du droit positif, lui a adressé des critiques

BAUDRY-LACANTINERIE, t. IV, Sirey 1928, p. 56 sqq. Sur la théorie du patrimoine d'affectation : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 388 sqq. Sur la coexistence des modèles dans l'Union européenne : N. EZRAN-CHARRIÈRE, *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*, thèse dactyl., Paris II 1998, p. 27 sqq.

2359 Voir notamment : P. COULOMBEL, thèse précitée, p. 49 sqq.

2360 Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p.453 sqq. Sur la théorie du patrimoine d'affectation : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 388 sqq. Pour GURVITCH cependant certains rattachements au droit germanique sont excessifs. Ainsi la *Genossenschaft* de Gierke ne serait pas propre au droit germanique : G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, préf. L. LE FUR, Sirey 1932, p. 559. Voir enfin H. MOTULSKY, *De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, in *Ecrits*, t. 3, *Etudes et notes de droit international privé*, préf. H. BATIFFOL et Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz 1978, p. 5 sqq., spéc. n° 10, pour qui la notion de patrimoine d'affectation est purement doctrinale et ne rend pas compte du droit positif allemand.

2361 *Vocabulaire Cornu*, V° Affectation (patrimoine d').

2362 H. GAZIN, thèse précitée p. 264 sqq.

2363 H. GAZIN, thèse précitée, p. 362.

2364 H. GAZIN, thèse précitée, p. 362.

décisives²³⁶⁵. Tout d'abord, Gazin ne fournit pas le critère nécessaire pour identifier l'intérêt suffisamment nouveau pour agréger les éléments d'une masse en un patrimoine²³⁶⁶. Ensuite, il nie l'existence d'un intérêt distinct dans des situations où l'étude du droit positif a démontré le contraire²³⁶⁷. Enfin, on ajoutera aux critiques de Monsieur Guinchard une ultime observation. La publicité de fait que Gazin exige pour la reconnaissance d'un patrimoine autonome risque d'être inefficace et d'entraîner des confusions entre patrimoines d'affectation et personnalité morale. Il reste juste cependant que dès lors que l'on admet l'intérêt comme centre autour duquel s'agrègent les éléments d'une masse et que l'on constate la diversité des buts poursuivis par une même personne, une théorie purement unitaire du patrimoine n'est plus soutenable²³⁶⁸. Elle doit faire place à des institutions telles que la fiducie et le patrimoine d'affectation.

716 Les patrimoines d'affectation en droit positif français.

Le droit français ne méconnaît pas la notion de patrimoine d'affectation²³⁶⁹. A titre d'exemple, il est possible de citer quelques institutions qui s'apparentent au patrimoine d'affectation. Le fonds de limitation de responsabilité du droit maritime est sans doute un patrimoine d'affectation²³⁷⁰. Les rapatriés bénéficient d'un régime de faveur qui interdit toute poursuite sur le territoire français pour des dettes nées de l'acquisition, la conservation ou l'exploitation de biens situés dans les territoires concernés²³⁷¹. Certaines techniques du droit des sûretés appellent parfois quelques précisions au regard de la

2365 S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 389.

2366 Ibid.

2367 En matière d'indivision notamment : H. GAZIN, thèse précitée, p. 371 ; et la critique : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 389 ; voir ci-dessus, n° 282 sqq.

2368 En ce sens : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 399.

2369 Voir F. BELLIVIER, thèse précitée, n° 357 sqq. La dot a été conçue par Pierre Raynaud comme un patrimoine affecté à une institution : P. RAYNAUD, *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la Théorie Générale du Patrimoine*, thèse Toulouse, Sirey 1934, spéc. p. 259 sqq.

2370 Articles 58 sqq. de la loi du 3 janvier 1967 relative au statut des navires. En ce sens : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 376.

2371 Loi n° 70-632 du 15 juillet 1970 relative à une contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement placé sous la souveraineté, la protection ou la tutelle de la France (JCP. 1970, III, 36842). Cette loi est intervenue pour briser une jurisprudence contraire de la Cour de cassation : Civ. I, 23 avril 1969 (quatre arrêts), D. 1969.341, conclusions BLONDEAU ; Civ. I, 7 mars 1972, JCP. 1972, II, 17270, note Y. GUYON. La solution était partagée par le Conseil d'Etat : CE., 31 janvier 1969, D. 1969.326, note V. SILVERA. Voir également : Y. LOUSSOUARN, *Du caractère confiscatoire des mesures prises par l'Etat algérien à l'encontre des intérêts français*, D. 1969, Chr. 241 ; F. GIVORD, *Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité*, D. 1968, Chr. 15.

notion de patrimoine d'affectation²³⁷². Ces institutions sont des affectations purement patrimoniales pour lesquelles il faut reconnaître que la personnalité morale dépasserait manifestement leur raison d'être.

717 **Les fonds communs.** Dans le cadre d'une étude de la personnalité morale, la situation des fonds communs de placement (FCP) et des fonds communs de créances (FCC) est particulièrement intéressante²³⁷³. Selon Monsieur Bonneau, les fonds communs de placement et de créances sont des patrimoines d'affectation²³⁷⁴. En effet, les fonds communs des placements et de créances ne sont pas des personnes morales car la loi leur refuse expressément cette qualité (articles L. 214-20 et L. 214-43 du Code monétaire et financier). La raison d'être de ces dispositions reste assez mystérieuse²³⁷⁵. Il semble que ce soit la crainte que les fonds communs de créance soient assimilés à des sociétés de fait, ou plutôt à des sociétés créées de fait, qui ait conduit les sénateurs à adopter cette position²³⁷⁶. Il s'agissait cependant d'une confusion critiquable entre les notions de personnalité morale et de société²³⁷⁷. La seule explication juridique avancée pour justifier la solution retenue est de nature fiscale. Selon Monsieur Bonneau, l'absence de personnalité morale permet d'éviter une double imposition : les revenus perçus dans un premier temps par le fonds, seraient ensuite répartis entre les souscripteurs. Chacun de ces mouvements pourrait être imposé. Cet argument ne paraît pas convaincant. La loi elle-même semble admettre

2372 Voir *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Droit commun des sûretés réelles*, par J. MESTRE et M. BILLIAU, LGDJ 1996, n° 95 sq.

2373 Voir les articles L. 214-1 et suivants du récent Code monétaire et financier et plus spéc. les article L. 214-20 du même Code pour les FCP, et L. 214-43 du même code pour les FCC.

2374 Th. BONNEAU, *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil*, RTDCiv. 1991.1. Dans le même sens : *J.-Cl. Civil*, article 2092 à 2094, Fasc. 80, par Cl. WITZ, n° 44 sq. Voir également Ph. JESTAZ, RTDCiv. 1980.180, qui compare le FCP au trust ; Y. CHARTIER, *Les nouveaux fonds communs de placement (commentaire du Titre I^{er} de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 et de ses textes d'application)*, JCP. 1980, I, 3001, n°27.

2375 Le refus de la personnalité morale est due au Sénat lors de la discussion de la loi de 1988. Voir Fr. ZÉNATI, A. CŒURET, RTDCiv. 1989.162 et 165.

2376 Rapport Larché, JO. doc. Sénat 1988, rapport n° 81, p. 79 sqq. ; JO. débats Sénat, séance du 21 novembre 1988, p. 1347 sqq. ; JO. débats Assemblée Nationale 13 décembre 1988, p. 3619 sqq. Voir également Th. BONNEAU, article précité, n° 42. Le projet de loi a été publié avec l'exposé des motifs : B. Joly 1988.833.

2377 La négation de la personnalité morale des fonds communs n'interdit cependant en aucune façon de voir en eux des sociétés si les caractères des articles 1832 et 1833 du Code civil sont présents. Il semble qu'en définitive, ce que poursuivaient les rédacteurs du texte était « d'éviter que les porteurs de parts n'aient des pouvoirs sur les actifs des fonds » : Th. BONNEAU, article précité, n° 42.

que les résultats de l'activité du fonds commun sont répartis lorsqu'elle emploie à deux reprises l'expression *sommes distribuables* à l'article L. 214-10 du Code monétaire et financier. En outre, on connaît en droit des sociétés des techniques qui permettent d'éviter ou du moins de limiter une double imposition en présence d'une personne morale²³⁷⁸. L'avoir fiscal permet lui aussi de limiter l'effet de la double imposition dans les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés²³⁷⁹. Sans doute faudrait-il admettre que la personne morale ainsi reconnue n'est pas soumise aux contraintes financières de la loi bancaire du 24 janvier 1984. Mais cela ne fait guère de difficulté puisque cette dérogation est déjà présente dans la loi de 1984 depuis la réforme de 1993²³⁸⁰. Aucun argument ne semble donc s'opposer à la reconnaissance de la personnalité morale des fonds communs de placement et des fonds communs de créances au plan de la politique juridique. La solution retenue est d'autant plus contestable qu'elle entraîne des conséquences regrettables qui n'ont pas été envisagées par le législateur.

ADDE LSF

718 Les FCP étaient dépourvus de personnalité morale depuis leur création en 1979 et la même solution a paru transposable au FCC²³⁸¹. Cependant si l'absence de personnalité morale est admissible pour les FCP qui détiennent des valeurs mobilières, elle ne l'est pas pour les FCC qui n'en ont pas²³⁸². En effet, le FCC, comme le FCP, émet des valeurs mobilières. Or s'il s'agit d'une copropriété de créances comment peut-elle être représentée par des valeurs mobilières ? Il est à peine nécessaire de rappeler que la loi elle-même

2378 Voir M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, 24^{ème} éd., Litec 2000, n° 806 sqq. ; A. VIANDIER, *Les nouveaux fonds communs de placement (Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979)*, RS. 1980.241, spéc. p. 250. Les fonds commun de créance ne sont pas parfaitement transparents fiscalement. Voir article 125-A, III bis, 8° CGI ; A. REYGROBELLET, *La notion de valeur mobilière*, thèse dactyl., Paris II 1995, n° 460 et note 1 p. 445. Sur la transparence fiscale : voir ci-dessous, n° 952 sqq.

2379 Article 158 bis CGI. Voir M. COZIAN, op. cit., n° 1030 sqq.

2380 Article 11 (modifié) de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984.

2381 Voir JO. débats Sénat 20 novembre 1988, p. 1347 (intervention du ministre de l'économie et des finances) ; Y. CHARTIER, *Les nouveaux fonds communs de placement (commentaire du Titre I^{er} de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 et de ses textes d'application)*, JCP. 1980, I, 3001, n° 23 sqq. ; Ph. JESTAZ, RTDCiv. 1980.180 ; A. VIANDIER, *Les nouveaux fonds communs de placement (Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979)*, RS. 1980.241.

2382 En ce sens : Fr. ZÉNATI, A. CŒURET, RTDCiv. 1989.162 et 165, spéc. p. 163. Voir également A. REYGROBELLET, thèse précitée, n° 404 sqq., sur la notion de valeur mobilière et la titrisation.

définit la valeur mobilière par référence à la personnalité morale²³⁸³. Messieurs Zénati et Cœuret craignaient en conséquence que l'émission de valeurs mobilières par des institutions dépourvues de personnalité morale soit annulée. Seules la jurisprudence favorable à la réalité technique et la reconnaissance de la personnalité morale aux fonds communs pouvaient selon eux éviter cette solution regrettable²³⁸⁴. La question présente davantage d'intérêt encore depuis que le législateur a omis de prendre position lorsqu'il a créé un nouveau type de fonds communs : le fonds commun de quirats²³⁸⁵. Ont-ils alors la personnalité morale dans la mesure où aucune disposition législative ne la leur refuse ? Il semble que dans la mesure où le refus de la personnalité morale des fonds communs de créances n'est qu'une « regrettable méprise »²³⁸⁶, il conviendrait de reconnaître la personnalité des fonds communs de placement quirataire.

719 Deux comparaisons peuvent par ailleurs compléter l'étude des fonds communs. Le régime des FCP est très proche de celui des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV)²³⁸⁷. Selon Monsieur Paul Didier, on pourrait aller jusqu'à leur reconnaître la personnalité morale²³⁸⁸. Le fonds commun de placement serait alors une forme particulière de société commerciale²³⁸⁹. La séparation des fonctions de gestion et de contrôle est un trait essentiel de l'organisation des fonds communs comme des SICAV²³⁹⁰. On peut

2383 Article L. 211-2 du Code monétaire et financier. Voir Fr. ZÉNATI, A. CŒURET, RTDCiv. 1989.162 et 165, spéc. p. 167. Il est remarquable que la codification à droit constant ait permis l'apparition d'un second alinéa de ce texte qui précise que sont également des valeurs mobilières les parts de fonds communs de placement et des fonds communs de créances. L'article 1^{er} de la loi du 23 décembre 1988 ne comprenait qu'un seul alinéa.

2384 Voir Fr. ZÉNATI, A. CŒURET, RTDCiv. 1989.162 et 165, spéc. p. 164. La nouvelle rédaction à *droit constant* de l'article 1^{er} de la loi de 1988 (article L. 211-2 du C. mon. fin.) permet aujourd'hui d'écarter ce danger.

2385 Article 2 de la loi n° 96-607 du 5 juillet 1996. Les fonds de placement quirataire ont cependant perdu leur intérêt fiscal depuis la loi de finance pour 1998 qui a limité le bénéfice de la déduction de l'article 238 bis HN au fonds agréé avant le 15 septembre 1997.

2386 Voir Fr. ZÉNATI, A. CŒURET, RTDCiv. 1989.162 et 165, spéc. p. 163.

2387 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 3, op. cit., p. 202 ; A. REYGROBELLET, thèse précitée, n° 462, qui soutient cependant ensuite que la reconnaissance de la personnalité morale aux SICAV s'apparente à une fiction (ibid., n° 463).

2388 P. DIDIER, *Droit commercial, La monnaie*, t. 3, op. cit., p. 205.

2389 P. DIDIER, *Droit commercial, La monnaie*, t. 3, op. cit., p. 206, qui relève que la différence entre FCP et SICAV tend à disparaître pour laisser place à un régime unifié des organismes de placements collectifs en valeurs mobilières (OPCVM). En sens contraire : A. VIANDIER, *Les nouveaux fonds communs de placement (Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979)*, RS. 1980.241.

2390 Voir Th. BONNEAU, article précité, n° 65 sqq.

cependant douter de l'indépendance du dépositaire et du gestionnaire, que suppose un tel système dans la mesure où les sociétés appartiennent souvent au même groupe²³⁹¹. Un rapprochement entre les fonds communs et les sociétés civiles de placement immobilier (SCPI) peut enfin être tenté. Les SCPI jouissent de la personnalité morale comme les autres sociétés civiles. La structure adoptée est tout à fait comparable à celle prévue pour les fonds communs : on y relève la même séparation des fonctions de contrôle et de gestion. Le choix de la forme civile a été dicté par des considérations fiscales, afin d'échapper à l'impôt sur les sociétés²³⁹². Elles présentent la particularité d'être autorisées à recourir à l'épargne publique, par dérogation à l'article 1841 du Code civil. Pour cette raison, elles sont soumises à des règles de plus en plus proches de celles qui régissent les OPCVM²³⁹³. La réforme accomplie par la loi n° 93-6 du 4 janvier 1993 en particulier a consacré une pratique antérieure qui consistait à confier la gestion de la SCPI à une société de gestion²³⁹⁴. Cette société est assistée d'un conseil de surveillance²³⁹⁵. De nombreuses règles s'imposent enfin dans le but d'assurer des garanties aux épargnants et la sécurité des transactions. Elles ne semblent guère éloignées de celles qui s'imposent aux OPCVM tels que les FCP et FCC. La différence essentielle tient à la personnalité morale. Si comparaison n'est pas raison, la proximité des institutions démontre tout de même le caractère contingent de l'exclusion de la personnalité morale des fonds communs.

720 Il reste cependant à résoudre la question de l'opposabilité. Si le fonds est créé dans l'intérêt collectif des souscripteurs qui veulent obtenir la meilleure rentabilité de leur quote-part et un certain nombre d'avantages grâce à la gestion collective, son organisation²³⁹⁶, de nature légale, ne pourrait être rendue opposable que par l'effet de

2391 En ce sens : Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., collection Domat Droit privé, Montchrestien 1999, n° 851. Il faut reconnaître qu'il semble ne pas y avoir de problème en pratique, ce qui laisse supposer que chaque société exerce ses fonctions de manière satisfaisante. Sur le régime de surveillance et la responsabilité : Th. BONNEAU, article précité, n° 773 (FCP), n° 857 sq. (FCC).

2392 Voir *Mémento Francis Lefebvre, Sociétés civiles 2000*, Francis Lefebvre 2000, n° 6000 et 6100 sqq.

2393 Voir *Mémento Francis Lefebvre*, op. cit., n° 6045.

2394 Article L. 214-66 C. mon. fin., relatif aux sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne.

2395 Article L. 214-70 C. mon. fin.

2396 Les dépositaires et la société de gestion doivent agir au bénéfice exclusif des souscripteurs. Il ne faut pas négliger cependant l'intérêt initial des titulaires de créances qui grâce à l'opération de titrisation assainissent leur bilan en accroissant leurs fonds propres et améliorent ainsi leur ratio.

la loi. Aucun mécanisme de publicité spécifique n'est prévu par la loi. Seule l'opposabilité de la cession de créance au fonds commun de créances est prévue par l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier. Il semble cependant possible de raisonner *a fortiori*. Si la cession est opposable, il est inconcevable que l'existence du cessionnaire ne le soit pas. Force serait alors de constater qu'après avoir retiré en gros la personnalité morale aux fonds, le législateur la lui aurait redonnée dans le détail²³⁹⁷. Dans le cas contraire, les fonds communs de créances et de placement, y compris les fonds de placement quirataire, peuvent tout de même apparaître comme de véritables patrimoines d'affectation.

721 Personnalité morale et patrimoine d'affectation sont deux techniques concurrentes en particulier en ce qu'elles sont des modes d'organisations des intérêts et en ce qu'elles sont fondées, au moins en partie, sur la notion d'affectation. Cela explique que, plutôt que de substituer la notion de patrimoine d'affectation au concept de personnalité morale, certains auteurs aient été amenés à personnifier les patrimoines d'affectation.

722 **La personnification des patrimoines d'affectation.** Le droit français accorde parfois la personnalité morale à des institutions qui, pour les défenseurs de la théorie du patrimoine d'affectation, relèveraient davantage de leur construction. Selon Roger Percerou la personnalité morale de droit privé qui exerce une activité économique serait un patrimoine d'affectation²³⁹⁸. L'EUURL et les autres sociétés unipersonnelles notamment sont souvent présentées comme des patrimoines d'affectation. L'affirmation se trouve tant en doctrine²³⁹⁹, qu'en jurisprudence²⁴⁰⁰. Cependant la société unipersonnelle ne peut être critiquée sur le fondement du principe de l'unicité du

2397 La formule est de Monsieur Viandier : A. VIANDIER, *Les nouveaux fonds communs de placement (Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979)*, RS. 1980.241, spéc. p. 251. L'argumentation vaudrait tout autant pour les fonds de placement quirataire. L'idée de reconnaître les attributs de la personnalité morale au FCC sans lui reconnaître la personnalité a été avancée devant l'Assemblée Nationale : JO. débats AN séance du 13 décembre 1988, p. 3619.

2398 En ce sens : R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé, Patrimoine d'affectation*, thèse dactyl., Paris 1951, p. 73 sqq. On peut penser que le patrimoine d'affectation dont traite Roger Percerou est une préfiguration de ce que sera l'entreprise dans la théorie de l'Ecole de Rennes.

2399 Voir M. DESPAX, *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain*, PUF. 1992, p. 177 sqq., qui estime que le principe de l'unité du patrimoine a été remis en cause par la création de l'EUURL ; J. AUSSÉDAT, *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation*, RS. 1974.221.

2400 Voir Paris, 9 février 1999, RS. 1999.412, obs. Y. GUYON.

patrimoine²⁴⁰¹. La personnalisation de l'EUURL dans un cadre sociétaire, comme le maintien de la personnalité des sociétés nationalisées, est bien davantage une application du principe d'unicité du patrimoine qu'une technique de contournement du principe²⁴⁰². L'EUURL en particulier est apparue au législateur comme un instrument plus maniable que l'Entreprise Personnelle à Responsabilité Limitée (EPRL) proposée par la commission Champaud. La création de l'EPRL n'a pas été retenue car, outre qu'elle paraissait méconnaître le principe de l'unicité du patrimoine, elle ne résolvait pas tous les problèmes et était trop complexe²⁴⁰³.

723 Conclusion. On peut donc affirmer avec Bruno Oppetit que « dans notre système juridique actuel, l'affectation d'une fraction d'un patrimoine à un but déterminé paraît donc insuffisante à donner naissance à une personne morale »²⁴⁰⁴. Il ne faut donc pas exagérer la portée de la formule de Percerou. Monsieur Wicker soutient cependant que si l'on voit dans la personnalité morale un patrimoine d'affectation, la proposition pourrait être renversée²⁴⁰⁵. Tout patrimoine d'affectation se verrait ainsi reconnaître la personnalité morale²⁴⁰⁶. Cette position conduit selon l'auteur à reconnaître la personnalité de la communauté conjugale et de l'indivision²⁴⁰⁷. Les résultats sont tout à fait satisfaisants. Cependant la proposition peut paraître trop générale : il existe en effet de véritables patrimoines d'affectation en droit positif, qu'il serait artificiel de couler dans le moule de la personnalité morale. De plus cette opinion génère quelques risques de distorsions que l'auteur explique au moyen de la théorie contestable de la personnalité morale à contenu variable²⁴⁰⁸.

2401 En ce sens : J.-P. VERSHAVE, thèse précitée, n° 209 sqq.

2402 *Rapport général*, in *Sociologie du patrimoine*, op. cit., n° 25. La pratique a une conception différente (ibid., entretiens B. Monassier et D. Airrault). Voir également J.-P. VERSHAVE, thèse précitée, n° 276 ; J.-D. BREDIN, *Au-delà de l'EUURL ?*, JCP. CDE 1990/1, p. 24 ; N. EZRAN-CHARRIÈRE, thèse précitée, p. 27 sqq., sur les deux modèles qui coexistent en Europe : celui du patrimoine d'affectation et celui de la société.

2403 Voir J. PAILLUSSEAU, article précité, n° 24 ; *Une reconnaissance de l'entreprise en droit français ?*, sous la direction de G. FARJAT, RIDÉCO. 1987.521, qui pense que le patrimoine d'affectation assure imparfaitement l'autonomie de l'entreprise. Sur la proposition de la commission Champaud : Cl. CHAMPAUD, *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français*, RTDCom. 1979.579.

2404 B. OPPETIT, thèse précitée, p. 20. Notre droit reste attaché au principe qui lie l'existence d'un patrimoine à celle d'un sujet de droit (ibid.).

2405 *Répertoire civil Dalloz*, article précité, par G. WICKER, n° 39.

2406 En ce sens : G. WICKER, article précité, n° 39.

2407 Ibid.

2408 Sur cette théorie et sa critique : voir ci-dessus, n° 712 sqq. et n° 731 sqq.

724 En réalité, la personnalité morale présente un double avantage. D'une part, elle apparaît comme un concept de droit positif. D'autre part, elle recouvre la théorie des patrimoines d'affectation tout en la dépassant²⁴⁰⁹.

725 En définitive, ces exemples de personnification des patrimoines d'affectation sont un hommage à la théorie classique d'Aubry et Rau. Cependant, il n'y a aucune nécessité à la personnification des patrimoines d'affectation. Il est sans doute excessif de faire de la personnalité morale un obstacle à la reconnaissance de l'institution des patrimoines d'affectation en droit français.

726 **Conclusion de la section II.** La personnalité morale n'est donc pas la seule manifestation juridique des phénomènes collectifs. L'exemple des fonds communs est significatif à cet égard, qui démontre avec évidence que l'on avait le choix entre la personnalité morale, la fiducie et le patrimoine d'affectation pour les régir. La théorie de la personnalité morale ne peut être considérée comme un obstacle à la reconnaissance des patrimoines d'affectation ou à celle des propriétés collectives. Si la personnalité morale n'est pas la seule technique d'affectation des patrimoines à un intérêt déterminé, elle reste cependant en droit français l'institution dominante. Elle confère un cadre naturel qui accroît l'efficacité d'une organisation constituée dans un intérêt spécifique et que l'on souhaite rendre opposable à tous.

X727 Conclusion du Chapitre II. La capacité et le patrimoine résument l'ensemble des attributs de la personnalité morale. Ils expriment son aptitude à jouer un rôle sur la scène du monde juridique. Bien que liées, les deux notions ne doivent cependant pas être confondues, pas plus que celle de capacité ne doit être confondue avec la personnalité elle-même. Les confusions qui ne manquent pas d'apparaître dans une théorie insuffisamment rigoureuse génèrent des distorsions regrettables. L'anthropomorphisme qui conduit à construire la personnalité morale sur la personnalité humaine a beaucoup nui à la théorie du droit. Il a permis, par une confusion de la personnalité et de sa capacité, l'apparition de la théorie de la variabilité de la personnalité morale. La difficulté naît de ce que les personnes morales ne jouissent pas toutes des mêmes droits que les

2409 Voir notamment R. PERCEROU, thèse précitée, p. 73, qui reconnaît que la théorie de la personne morale patrimoine d'affectation n'a de vertu explicative que limitée aux personnes morales ayant une activité économique.

personnes physiques et il existe des différences entre elles. Si le seul modèle concevable est la personne humaine, cette situation ne peut être interprétée que comme une manifestation de la variabilité de la personnalité morale. Cependant cette proposition a été contestée ici afin de soutenir que le droit positif ne remet pas en cause la constance du concept. Si la capacité de la personne morale varie, sa personnalité elle-même n'est pas atteinte : la personnalité morale apparaît distincte de celle des membres et/ou fondateurs et constante.

728 La distinction des personnes se prolonge à travers la distinction des patrimoines : la personne morale jouit d'un actif et d'un passif propres, distinct de celui de ses membres et/ou de ses fondateurs. Cette autonomie patrimoniale, jugée essentielle pour la reconnaissance de la personnalité morale, est construite autour de la notion d'intérêt. Les éléments du patrimoine sont agrégés autour de l'intérêt dont la personnalité morale assure la promotion : la distinction des intérêts fonde la distinction des patrimoines. La personnalité morale n'est pas un concept essentiellement patrimonial, car on lui reconnaît des droits extrapatrimoniaux, et surtout il n'est pas le seul à rendre compte des organisations à finalité patrimoniale : la fiducie et la propriété collective peuvent trouver leur place dans le système juridique français attaché à la personnalité morale.

729 **Conclusion du titre I.** L'étude du principe de séparation a permis en définitive de préciser la définition même de la personnalité morale : la personnalité morale est composée d'un élément substantiel et d'un élément formel.

730 L'élément substantiel de la personnalité morale se dédouble. L'existence d'un intérêt propre en est le premier aspect. La reconnaissance d'un intérêt propre autorise la jouissance de droits subjectifs. La notion de droit subjectif a dû être rapidement analysée pour faire apparaître l'inutilité de la volonté au stade de la définition. La volonté n'est donc pas de l'essence de la personnalité morale, car elle n'est pas nécessaire à la jouissance des droits. L'existence d'une organisation construite pour la satisfaction de cet intérêt est le second aspect de l'élément substantiel de la personnalité morale. L'organisation des pouvoirs, en particulier, relève de la catégorie des règles d'organisation et non des règles propres à la personnalité morale. Cela explique qu'elle diffère d'une personne morale à une autre : seule l'organisation varie et non la personnalité.

731 L'élément formel de la personnalité morale consiste dans l'opposabilité de l'organisation. Celle-ci nécessite le plus souvent la réalisation de formalité de publicités. Certaines organisations tirent cependant leur opposabilité de la loi elle-même lorsqu'elle crée des personnes morales nécessaires tels la collectivité des créanciers ou le comité d'entreprise. La personnalité morale apparaît en définitive comme **un concept utilisé par le droit positif pour désigner la technique par laquelle le droit assure l'opposabilité d'un intérêt organisé.**

732 Les attributs de la personne morale ont également été discutés. La théorie de la variabilité de la personnalité a été rejetée. La constance de la personnalité morale malgré les variations de la capacité a été affirmée. L'importance du patrimoine reste grande dans notre droit. Il n'est guère souhaitable cependant de construire l'ensemble de la théorie de la personnalité morale à partir des notions du droit du patrimoine, dans la mesure où les aspects non extra-patrimoniaux de la personnalité morale sont importants, notamment dans le domaine processuel.

733 D'une manière générale, il est permis de tirer deux enseignements des analyses conduites dans le présent titre au regard de la théorie de la variabilité. D'un point de vue méthodologique, l'affirmation de la variabilité conduit à l'abandon de toute théorie cohérente de la personnalité morale à défaut de critère fiable de détermination du contenu positif de la personnalité morale. D'un point de vue théorique, la variabilité illustre la confusion de la personnalité et de sa capacité d'une part et de la personnalité morale et de l'organisation d'autre part.

734 Si la personnalité morale apparaît en principe comme une entité distincte, il ne faut pas exagérer la portée du principe de séparation. Il a été affirmé avant tout parce que l'intérêt défendu par la personne morale est lui-même un intérêt distinct de celui des membres et/ou des fondateurs. Il faut alors se rappeler que l'intérêt de la personne morale est un intérêt immanent : la personnalité morale elle-même ne peut être totalement détachée des personnes qui l'ont fait naître et qui la font exister. Le principe de séparation doit être complété par un principe de transparence. Mais alors, outre la variabilité, un autre danger guette la théorie de la personnalité morale : celui de la relativité.

Titre II La personnalité morale et le principe de transparence

735 **De la variabilité à la transparence.** L'idée de variabilité de la personne morale, selon laquelle « les effets de la personne morale seront d'autant plus complets que l'intérêt du groupe se détache plus nettement des intérêts individuels des membres »²⁴¹⁰, peut être rapprochée de celle de transparence de la personne morale. Le passage de l'une à l'autre se fait naturellement. Si la personnalité peut être incomplète, elle peut ne pas opérer de séparation stricte entre la personne morale et ses éléments constitutifs et notamment entre la personne morale et ses membres. L'idée n'est pas nouvelle mais elle avait pratiquement disparu de la doctrine juridique²⁴¹¹. Aucun obstacle n'existerait à son admission si l'on ne devait y voir une exception à la personnalité morale elle-même. En effet une conception rigide de la séparation des personnes et des patrimoines est incompatible avec l'existence de phénomènes de transparences. Si l'on écarte l'idée de variabilité de la personnalité morale, l'incompatibilité est encore plus évidente. Le principe de séparation et la constance de la personnalité morale sont deux obstacles à l'admission de la transparence. Pourtant le droit fournit de nombreux exemples de manifestations de ce phénomène. Faut-il alors conclure à l'incohérence du droit et à la nature fonctionnelle de la personnalité morale ? Cette voie conduit à un refus de toute théorie et compromet le caractère scientifique du droit. Elle n'explique rien. Elle ne guide en aucune manière le juriste à la recherche du droit tel qu'il est. Bien que le projet soit risqué, il faut tenter de rendre compte des phénomènes de transparence sans tenter de les réduire à des exceptions. Leur nombre et leur importance pratique conduiraient à eux seuls à remettre en cause le principe de séparation.

736 Une présentation cohérente et nuancée ne semble pas impossible. La notion d'intérêt telle qu'elle a été définie dans la première partie indique la direction dans laquelle la recherche peut être menée. L'intérêt de la personne morale est apparu comme un intérêt immanent et non transcendant aux intérêts individuels. Il est propre à la personne morale mais n'est pas d'une autre nature que

2410 P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le Droit privé au milieu du XX^e siècle*, t. I, LGDJ 1950, p. 158.

2411 L'idée d'une séparation stricte était rejetée en particulier par Hauriou : M. HAURIOU, *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, RTDCiv. 1923.331, spéc. p. 340. Voir également C. JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, JCP. 1967, I, 2065, qui a contribué à la renaissance de la notion de transparence.

celui des personnes qui ont concouru à la création ou au fonctionnement de la personne morale. Aucune séparation stricte n'est apparue lors de l'étude de la notion d'intérêt. Par la suite la personnalité morale est apparue comme la technique juridique par laquelle le droit permet à une organisation constituée dans un intérêt déterminé d'être opposable à tous. Les notions d'organisation et d'opposabilité ne conduisent pas davantage à l'idée d'une séparation stricte. Une théorie cohérente de la personnalité morale ne semble pas être impossible, qui intégrerait tant un principe de séparation qu'un principe de transparence.

737 Il reste à fournir des réponses aux diverses énigmes qui sont posées par les théories classiques de la personnalité morale. Pour cela, il convient dès le départ de ne pas confondre deux types de phénomènes de transparence. Elle apparaît parfois comme inhérente à la personne morale en cause alors qu'elle est d'autres fois requise en raison des circonstances. La première, que l'on qualifiera de transparence naturelle, est liée directement à l'idée de variabilité dans la mesure où elle ne se présente pas avec la même force dans toutes les institutions. La seconde, que l'on qualifiera de transparence accidentelle, conduit à une levée du voile social, afin d'appréhender un ou plusieurs éléments constitutifs de la personne morale en raison des circonstances de l'espèce. Ces deux types de phénomènes ne peuvent être étudiés simultanément. Ils n'ont pas la même signification au regard de la théorie de la personnalité morale. Ils ne produisent pas le même type d'argumentation et n'appellent donc pas la même tentative de réponse. Ce sont des raisons suffisantes pour traiter séparément de la transparence naturelle (chapitre I) et de la transparence accidentelle (chapitre II)

Chapitre I La transparence naturelle

738 La transparence naturelle recouvre des phénomènes très divers. La responsabilité illimitée, la qualité de commerçant dans les sociétés de personnes comme le régime fiscal de certaines personnes morales ou encore l'admission de l'action *ut singuli* en sont des manifestations. Il serait possible de dresser un catalogue des personnes morales selon leur transparence ou selon les domaines dans lesquels elle se manifeste. Cela serait cependant fastidieux et de peu d'intérêt. Le recensement n'a d'ailleurs d'utilité que si l'on y ajoute une critique de la présentation dominante qui conduit à analyser la transparence comme un affaiblissement de la personnalité morale. En réalité, les arguments avancés sont divers et ne permettent pas une réfutation générale de la théorie de la transparence, comme cela a été possible pour la critique de la variabilité. Il convient de distinguer deux catégories de phénomènes qui seront étudiés successivement. La transparence substantielle²⁴¹² regroupe la plupart des hypothèses et appelle de nouvelles distinctions (Section I). La transparence processuelle, quant à elle, permet de formuler de manière particulièrement nette la question de la transparence en terme d'intérêt (section II).

Section I La transparence substantielle

739 Les hypothèses de transparence substantielle sont trop variées pour être étudiées de manière générale sans procéder au préalable à de nouvelles distinctions. La distinction peut se fonder sur l'élément qu'il s'agit de faire apparaître malgré la reconnaissance de la personnalité morale. Parfois les personnes membres de l'organisation personnifiée seront atteintes. D'autres fois, les biens de la personne morale seront pris en considération. La responsabilité illimitée par exemple permet de poursuivre les associés d'une société de personnes au-delà de leurs apports. Le droit fiscal, quant à lui, prend parfois en compte la composition du patrimoine de la personne morale pour déterminer les impôts dus. Il existe donc des phénomènes de transparence réelle (§2) à côté des phénomènes de transparence personnelle (§1).

2412 Est substantiel, ce qui touche le fond du droit par opposition ici à processuel.

§1 La transparence personnelle

740 La personnalité morale a pour effet de rendre opposable à tous une organisation constituée dans un intérêt spécifique déterminé par son acte fondateur. Elle conduit à une séparation des personnes que la doctrine traditionnelle concevait de manière stricte. Dans une telle présentation toute prise en considération de la personne des membres apparaît comme une exception inexplicable à la personnalité morale. En réalité les prétendues exceptions sont des conséquences des règles d'organisation : la responsabilité organise une garantie comparable à un cautionnement ; la représentativité se justifie par l'importance du substratum humain dans les groupements ; la prise en compte de la qualité des membres se justifie par la nature de l'activité que prétend exercer la personne morale.

741 Que l'on cherche le paiement des dettes de la personne morale auprès de ses membres (I), ou que l'on prenne en compte leur existence pour mesurer la représentativité de la personne morale (II) ou pour définir les droits dont elle peut jouir (III), ce serait la personnalité morale elle-même que l'on nierait à tort.

I La responsabilité illimitée

742 Le constat de la coexistence de personnes morales à responsabilité limitée et de personnes morales à responsabilité illimitée a conduit d'une part à affirmer la variabilité du concept mais aussi à soutenir qu'il recevait des exceptions pour des raisons d'opportunité. Il est vrai que l'autonomie des patrimoines apparaît alors plus ou moins étendue. Cette autonomie peut prendre la forme d'un droit de préférence sur les biens sociaux pour les créanciers ; elle peut également conduire à une limitation de leur recours²⁴¹³. La combinaison des deux aspects tend à instaurer une autonomie totale²⁴¹⁴. Lorsque la limitation du recours est exclue, la séparation des passifs est imparfaite²⁴¹⁵. S'agit-il pour autant d'une exception à la personnalité morale ? La réponse doit être négative car l'étendue de

²⁴¹³ Il ne faut donc pas confondre obligation aux dettes et contribution aux pertes. En droit des sociétés, les associés contribuent toujours aux pertes même dans les sociétés à responsabilité limitée. Seuls les associés des sociétés à responsabilité illimitée sont obligés aux dettes.

²⁴¹⁴ Voir A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé. Faillites. Successions. Communautés. Sociétés*, Bruylant, Bruxelles 1994, p. 145. La responsabilité dont il s'agit est un engagement de nature civile. Sur le terrain pénal la séparation reste évidemment entière. Voir cependant une décision étrange et restée isolée : T. Police Quimper, 17 juin 1970, RS. 1970.674, note J. G. ; JCP. 1971, II, 16730, note Y. GUYON, qui a retenu la responsabilité des membres d'un GIE dont l'objet était par ailleurs illicite.

l'obligation des membres d'un groupement ne dépend pas des règles de la personnalité morale mais de celles qui régissent l'organisation. Le constat de l'existence de personnes morales sans membre suffirait à écarter la question de la responsabilité illimitée ou limitée. Dans ces institutions, en effet, elle n'a aucun sens. Pourtant la situation des groupements personnifiés mérite d'être traitée afin de préciser l'essence de la personnalité morale. Il apparaîtra alors clairement que les théories qui nient totalement ou partiellement la personnalité morale des institutions à responsabilité illimitée (A) ne sont pas recevables dans la mesure où le phénomène en cause est compatible avec une personnalité morale, concept invariable (B).

A) Responsabilité illimitée et négation de la personnalité morale

743 La responsabilité illimitée se rencontre dans des organisations dont la personnalité morale n'est plus douteuse aujourd'hui, telles que les sociétés²⁴¹⁶ (1). Elle est plus discutée dans d'autres institutions comme la copropriété (2).

1) L'autonomie du passif en droit des sociétés

744 Face à une société à responsabilité illimitée, telle une SNC ou une société civile, la doctrine a adopté successivement deux types d'attitudes. Dans un premier temps, la négation de la personnalité a été totale. Puis, dans un second temps, le principe de la personnalité morale admis, les auteurs ont considéré qu'elle était relative. La négation est devenue partielle.

745 **La négation totale de la personnalité morale.** Une partie de la doctrine a soutenu à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle que certaines sociétés n'avaient pas la personnalité morale²⁴¹⁷.

²⁴¹⁵ Voir J. FOYER, *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 113 sqq.

²⁴¹⁶ Voir L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. GUYON, Collection Droit des Affaires et de l'entreprise, Economica 1999, n° 53 sqq.

²⁴¹⁷ Voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd. préf. de H. CAPITANT, Rousseau 1922, p. 298 sqq. ; du même auteur, *Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, Annales de droit commercial 1895, p. 10 sqq. et p. 64 sqq., et 1897, p. 29 sqq. ; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 73 sq. ; Voir également L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, 3^{ème} éd., Dalloz 1925, n° 232 sqq. ; L. GUÉRIN, *La société en nom collectif est-elle une personne morale ?*, Rev. crit. 1902.245, et 1902.308, spéc. p. 257 sq. ; J. AUDINET, *Personne morale et personnes physiques dans les sociétés de commerce*, thèse dactyl., Aix-Marseille 1950, p. 123 sqq., qui remarque que la cohérence voudrait que la personnalité morale des sociétés à responsabilité illimitée soit écartée ; P. LESCOT, note sous Com., 21 juin 1955, JCP. 1955, II, 8877 ; J. CALEWAERT, *Réflexions*

Un auteur a soutenu encore récemment, à l'occasion d'une étude de droit comparé franco-qubécois, que la personnalité morale est incompatible avec l'admission de la responsabilité illimitée²⁴¹⁸. L'existence d'un personnel fixe tenu indéfiniment des dettes sociales était considérée comme incompatible avec la conception stricte que l'on se faisait de la séparation des patrimoines. Selon Laband, l'étendue de la responsabilité des membres est le critère essentiel de la personnalité morale²⁴¹⁹. Pour Michoud, au contraire, le critère principal était la nature fixe ou variable de la collectivité des membres. Le critère de la responsabilité illimitée des membres lui paraissait insuffisant dans la mesure où elle pouvait être considérée comme une sorte de garantie compatible avec la personnalité morale²⁴²⁰. Les deux critères se recoupent cependant pour l'essentiel car la négociabilité des droits et la variabilité du personnel vont souvent de pair. Il n'existe pas en droit français de sociétés à responsabilité illimitée dont les titres soient négociables. Il existe cependant une forme de société dont le capital est représenté par des parts sociales et dont les associés ne risquent rien au-delà de leur apport : la SARL. Il est vrai qu'aujourd'hui encore les sociétés de personnes n'ont pas toujours la personnalité morale dans certaines législations étrangères²⁴²¹. Pourtant la solution n'est pas nécessairement satisfaisante. Certains droits connaissent des évolutions. La doctrine débat de la capacité des sociétés dont la personnalité est niée. Ainsi en Allemagne les analyses classiques en matière de société civile semblent bien avoir été révisées ces dernières années au point de permettre la reconnaissance d'une certaine capacité juridique²⁴²².

746 En droit français les théories hostiles à la personnalité des sociétés à responsabilité illimitée n'ont pas convaincu²⁴²³. Le faible

sur les préalables à une harmonisation globale du droit des sociétés en Europe, Revue Pratique des Sociétés 1989.5.

2418 Voir Ch. BOUCHARD, *La personne morale démythifiée. Etude de droit comparé franco-qubécois sur les notions de personnalité morale et de patrimoine d'affectation*, LGDJ-Les Presses de l'Université de Laval 1997, notamment p. 152 sqq., 197 sqq.

2419 LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, Zeitschrift für das Handelsrecht t. XXX, 1884, p. 469 sqq., spéc. p. 476 sqq.

2420 Voir L. MICHOD, *op. cit.*, n° 73 sq.

2421 Voir les § 705 et suivants du BGB (Code civil allemand) pour la société civile et les § 105 et suivant du HGB (Code de commerce allemand) pour la société en nom collectif.

2422 Voir F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz 1997, n° 726.

2423 Voir Ed. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd., Rousseau 1904, n° 295, qui admet la personnalité morale de la société civile dans le cadre d'une théorie originale ; J. VALÉRY, *La personnalité morale des sociétés de*

succès de la théorie de la propriété collective en est sans doute une raison. Entre la personnalité morale et l'indivision, aucune troisième voie n'a été explorée sérieusement, sans doute à tort. Cependant la personnalité morale reste le modèle privilégié d'accession à la vie juridique des organisations. Toutes les sociétés ont été progressivement reconnues comme des personnes morales. La société en nom collectif et la société en commandite ont été très tôt reconnues comme des personnes morales²⁴²⁴. Cela résulte aujourd'hui de l'article L. 210-6 du Code de commerce. La Cour de cassation a également reconnu la personnalité morale des sociétés civiles dès 1891²⁴²⁵. Le droit français se démarque ainsi nettement en cela de la plupart des droits étrangers²⁴²⁶. La doctrine a dû réviser sa position en conséquence.

747 La négation partielle de la personnalité morale. L'idée de transparence apparaît comme un diminutif de la théorie hostile à la personnalité morale des sociétés à responsabilité illimitée. Puisque l'on ne peut la nier, il reste permis de la considérer comme imparfaite ou comme exceptionnellement écartée. Comme toute imperfection elle ne peut être qu'exceptionnelle. Elle est donc une exception au principe de séparation stricte des patrimoines. Cette idée a pénétré la doctrine contemporaine. Si Madame Jauffret-Spinosi a fait expressément référence à la notion de transparence²⁴²⁷, beaucoup d'autres auteurs ont exprimé l'idée sous des formes variées. Ainsi Paul Durand

commerce reconnues par le législateur, Rev. crit. 1927.411, qui défend la personnalité morale des sociétés commerciales mais pas celle des sociétés civiles ; G. GOUBEAUX, *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens*, in *Aspects actuels du droit commercial français. Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 199, spéc. n° 14.

2424 Voir Civ., 2 juin 1834, S. 1834.1.603 ; Req., 15 novembre 1887, S. 1888.1.410 ; P. PONT, *Explication du Code Napoléon*, t. VII, Delamotte 1872, n° 124. Voir également F. DERRIDA, *De la nature des sociétés par intérêt depuis la loi du 24 juillet 1966*, in *Etudes offertes à André Audinet*, PUF. 1968, p. 43.

2425 Req., 23 février 1891, D. 1891.1.331 ; S. 1892.1.73, note MEYNIAL ; Req., 2 mars 1892, S. 1892.1.497, note Ed. MEYNIAL. Voir aujourd'hui l'article 1842 du Code civil. Sur la responsabilité des associés dans les sociétés civiles : D. GIBIRILA, *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Def. 1998, art. 36808.

2426 Voir V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 470 sqq. Voir également Versailles, 14 janvier 1999, B. Joly 1999, § 97, note M. MENJUCQ, qui a reconnu la personnalité morale à une *Offene Handelsgesellschaft* (OHG) allemande, équivalent de la SNC.

2427 C. JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, JCP. 1967, I, 2065, spéc. n° 4, à propos de la responsabilité illimitée en droit des sociétés. Voir également Y. CHARTIER, *L'évolution de l'engagement des associés*, RS. 1980.1, n° 41 sqq. ; P. WALLET, *Sociétés de construction-attribution. Aspects juridiques et fiscaux*, Joly 1997, n° 381.

affirmait-il nettement la relativité de la personnalité morale²⁴²⁸. Il reconnaissait le caractère excessif de l'opinion de Michoud, mais soutenait que « dans son principe, l'analyse demeure profondément juste »²⁴²⁹. L'idée d'imperfection de la personnalité morale se trouve également dans la thèse de Monsieur Gastaud²⁴³⁰. D'autres auteurs exposent simplement que la personnalité de la société en nom collectif « n'est pas complètement dégagée de la personnalité de chacun des associés » sans présenter de formule générale²⁴³¹. D'autres enfin se contentent de nier certains effets de la personnalité morale sans formuler expressément une négation de la personnalité elle-même²⁴³², ce qui revient pourtant au même. L'idée d'une limitation de la personnalité morale est fort répandue dans la doctrine française contemporaine en matière de droit des sociétés²⁴³³. Il n'est donc guère surprenant de constater son adaptation à d'autres branches du droit.

2) L'autonomie du passif dans les autres personnes morales

748 **Les copropriétés.** Les créanciers peuvent agir contre les membres d'un syndicat de copropriétaires d'un immeuble bâti²⁴³⁴. Selon Monsieur Giverdon, le droit de poursuite reconnu aux créanciers contre les copropriétaires conduit à « négliger l'écran formé par le

2428 P. DURAND, article précité, n° 12.

2429 P. DURAND, *ibid.*

2430 Voir J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 82, qui distingue imperfection et remise en cause de la personnalité morale. Les deux formules n'ont certes pas exactement le même sens mais ce n'est qu'une question de degré dans la négation : elles s'exposent à la même critique.

2431 G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN et L. VOGEL, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1175. L'expression vient directement de Durand : P. DURAND, article précité, n° 11, p. 156.

2432 Voir J. M. SWEENEY, *Droits des Etats-Unis*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 97 sqq.

2433 Voir Y. CHARTIER, *L'évolution de l'engagement des associés*, RS. 1980.1 ; Y. GUYON, V° *Sociétés civiles professionnelles*, in *Répertoire des Sociétés*, n° 13, à propos de la transparence des sociétés civiles professionnelles ; M. CRÉMIEUX, *Les obligations des associés envers les tiers dans les sociétés civiles*, JCP. 1973, I, 2552, n° 25, pour qui La responsabilité ne remet pas en cause la personnalité morale mais instaure une transparence civile ; note J. G. sous Civ. III, 6 février 1969, RS. 1969.264 ; B. BOULOC, note sous Civ. III, 6 février 1969, D. 1969.434 ; Voir L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. GUYON, Collection Droit des Affaires et de l'entreprise, Economica 1999, n° 59.

2434 Civ. III, 10 mai 1968, D. 1969.45, note Cl. GIVERDON ; RTDCiv. 1969.357, obs. J.-D. BREDIN ; Civ. III, 30 octobre 1984, BC., III, n° 180 ; Revue des loyers 1985.36 ; Revue Administrer 1985.40 ; Def. 1985, art. 33481, n° 18, obs. H. SOULEAU ; RTDCiv. 1985.419, obs. Cl. GIVERDON ; Civ. III, 22 mars 1990, RDI. 1991.258, obs. P. CAPOULADE. Aucune solidarité n'a été reconnue cependant entre les copropriétaires : TI. Paris, 12 juin 1974, RTDCiv. 1975.573, n° 10, obs. Cl. GIVERDON.

syndicat, pour aller chercher *directement*... les copropriétaires eux-mêmes »²⁴³⁵. Cette opinion est une illustration de la pénétration de la théorie de la variabilité de la personnalité morale. Hébraud critiquait déjà dans le même ordre d'idée la théorie qui faisait de la personnalité morale « un mécanisme toujours identique à lui-même »²⁴³⁶.

749 Dans la société de quirataires, l'étendue de la responsabilité est variable selon les personnes en cause. Les copropriétaires gérants sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes²⁴³⁷. Cette règle est d'ordre public. Les autres copropriétaires voient leur obligation déterminée par les statuts. En effet l'article 20 de la loi du 3 janvier 1966 relative au statut des navires dispose que les copropriétaires non gérants sont tenus indéfiniment des dettes à proportion de leur participation²⁴³⁸. Ce même texte autorise cependant des conventions destinées à aménager cette obligation. Il est possible de prévoir que les quirataires ne sont tenus qu'à concurrence de leur apport. Leur obligation peut être solidaire.

2435 Voir Cl. GIVERDON, note sous Civ. III, 10 mai 1968, D. 1969.45. Voir également J.-Cl. Civil, Appendice art. 544 à 577, Fasc. 40, *Syndicat de copropriété*, par M. SALUDEN, n°13, pour qui l'autonomie patrimoniale du syndicat est réduite.

2436 P. HÉBRAUD, *A propos d'une forme particulière de copropriété : la copropriété par appartements*, RTDCiv. 1938.23, spéc. p. 55.

2437 Article 20 de la loi du 3 janvier 1967.

2438 Lorsque le gérant n'est pas copropriétaire, les statuts doivent prévoir la responsabilité indéfinie et solidaire du ou des quirataire(s) majoritaire(s). A défaut tous les quirataires sont indéfiniment et solidairement responsables.

B) Justification des règles de responsabilité

750 **La responsabilité illimitée est-elle le principe ?** Dans la doctrine traditionnelle le lien entre la personnalité morale et la responsabilité limitée est étroit²⁴³⁹. Il trouve une confirmation paradoxale dans le refus de la personnalité morale des sociétés à responsabilité illimitée dans la plupart des droits étrangers. Les auteurs n'ont pu s'accorder cependant sur le principe qui doit régir la matière : en l'absence de disposition légale, les membres d'une personne morale sont-ils tenus des dettes de celle-ci ? Monsieur Speth s'est prononcé dans sa thèse en faveur du principe de la responsabilité illimitée²⁴⁴⁰. Monsieur Sériaux a quant à lui soutenu la position contraire²⁴⁴¹.

751 **Justification économique.** Lorsque l'on affirme qu'une société est à responsabilité limitée, cela ne signifie pas que la société ne répond pas de toutes ces dettes. En réalité, cela signifie uniquement que les associés ont entendu limiter le risque couru²⁴⁴². L'extension du gage que permet au contraire la responsabilité illimitée bénéficie évidemment aux créanciers. Cet avantage n'est pas cependant sans contrepartie²⁴⁴³. Les risques courus par les associés incitent ces derniers à davantage de loyauté et de diligence envers la société. Cependant cette intervention dans les affaires sociales peut être source de mésentente entre les associés. Ces sociétés ne peuvent par ailleurs être que de faible dimension, ce qui limite en définitive le nombre de personnes engagées. Souvent un créancier préférera avoir pour débiteur une société anonyme constituée d'un grand nombre de personnes qui ont généreusement doté la personne morale, plutôt qu'une société en nom collectif réunissant quelques entrepreneurs à la

2439 Historiquement le lien existe également. Voir G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age*, avant-propos de G. BOYER, Armand Colin 1953, p. 306 sqq. La personnalité morale des sociétés de moulins est apparue à la fin du XIV^e siècle. C'est à partir de cette date que s'est imposée dans les contrats conclus avec les tiers la limitation de responsabilité aux biens sociaux.

2440 F. H. SPETH, thèse précitée, n° 245 sqq.

2441 A. SÉRIAUX, *Répertoire civil*, article précité, n° 56 : d'ordinaire les membres d'une personne morale sont à l'abri des poursuites des créanciers, et n° 53 où Monsieur Sériaux semble inclure les associations dans les groupements dont les créanciers peuvent atteindre les membres.

2442 Voir F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press 1991, p. 40 ; P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en sociétés. Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF. 1999, p. 58 ; du même auteur, *Théorie économique et droit des sociétés*, in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec 1997, p. 227.

2443 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, op. cit., p. 59.

surface financière incertaine. Cette observation fait apparaître la complexité de la question. Les impératifs économiques n'imposent pas d'évidence une solution de préférence à l'autre. Il n'est pas inutile de présenter brièvement les principaux arguments avancés dans ce débat.

752 Les études économiques apportent en effet quelques enseignements intéressants. Tout d'abord elles apprennent aux juristes que la responsabilité limitée n'est pas propre à la personnalité morale. Au plan contractuel, elle est une caractéristique de la plupart des investissements²⁴⁴⁴. Elle trouve parfois des applications en matière de responsabilité délictuelle. C'est le cas notamment en droit maritime où le fonds de limitation permet d'instituer une forme de responsabilité limitée²⁴⁴⁵.

753 La responsabilité limitée présente de nombreux avantages²⁴⁴⁶. Tout d'abord, elle réduit les coûts de surveillance des dirigeants. Ensuite, elle facilite la cession de contrôle et incite en conséquence les dirigeants à davantage de diligence. Elle permet enfin à l'investisseur de diversifier ses placements et donc de compenser les risques auxquels il s'expose. D'un point de vue économique, la responsabilité limitée fonctionne en définitive comme une assurance mais elle est plus efficace encore et moins coûteuse²⁴⁴⁷. Selon certains

2444 Voir F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press 1991, p. 11 et p. 40.

2445 Articles 58 sqq. de la loi du 3 janvier 1967 relative au statut des navires. En ce sens : S. GUINCHARD, thèse précitée, n° 376.

2446 Voir F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, op. cit., p. 42 sqq. Voir également R. CONTIN, H. HOVASSE, *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D. 1971, Chr. 197 ; P. LE GOFF, *Faut-il supprimer les sociétés à responsabilité limitée ? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés*, RIDC. 1999.593.

2447 Voir F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, op. cit., p. 48 ; P. HALPERN, M. TREBILCOCK, S. TURNBULL, *An economic analysis of limited liability in corporation law*, University of Toronto Law Journal 1980.117. Elle permet aussi d'économiser les coûts nécessaires pour limiter la responsabilité de manière contractuelle. Il faudrait stipuler la limitation du droit de poursuite des créanciers dans chaque contrat. Voir une jurisprudence ancienne en ce sens : Req., 21 février 1883, S. 1884.1.361, note J.-E. LABBÉ ; Civ., 13 juin 1904, DP. 1905.1.25, note J. PERCEROU ; S. 1906.1.385, note A. WAHL ; B. BOULOC, note sous Civ. III, 6 février 1969, D. 1969.434 ; D. GIBIRILA, *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Def. 1998, art. 36808, n° 12 sqq. Voir également pour en matière d'obligation solidaire entre membres d'un GIE : article L. 251-6 du Code de commerce. La stipulation intégrée dans les statuts était jugée inopposable aux tiers. La pratique antérieure à la loi de 1978 insérait une disposition imposant au gérant d'exiger la renonciation du tiers à son droit de poursuite des biens personnels des associés : T. Civ. des Andelys, 8 juillet 1937, DH. 1937.542 ; Com., 18 novembre 1974, RS. 1975.652, note D. RANDOUX ; G. MORIN, M. VION, *Recueil de solutions d'examens professionnels. Examen du notariat*, t. 4, 10^{ème} éd., Defrénois 1999, thème n° 20. La thèse de la

auteurs, la responsabilité limitée a moins pour rôle d'inciter à investir par une diminution des risques de perte en cas de faillite, que de reporter les coûts de surveillance de la solvabilité de la société sur les créanciers de celle-ci²⁴⁴⁸. Elle prend ainsi nettement sa place au sein d'une économie des organisations. C'est en effet un problème d'organisation que règle le choix pour l'une ou l'autre forme de responsabilité. Ce constat est conforté par l'étude des justifications juridiques proposées.

754 Le caractère subsidiaire de l'obligation des membres.
La Cour d'appel de Paris avait affirmé en 1942 que la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés civiles a eu pour effet de donner un nouveau débiteur au créancier, sans substitution²⁴⁴⁹. Cependant, pour la Cour d'appel, ce nouveau débiteur est la société et non l'associé. La jurisprudence a décidé par la suite que le créancier social pouvait poursuivre à son choix la société ou les associés au motif que l'obligation aux dettes sociales était conjointe²⁴⁵⁰. La réforme des sociétés civiles a modifié les données de la question. La subsidiarité n'était pas prévue dans l'article 1863 du Code civil de 1804. Elle apparaît au contraire nettement dans l'article 1858 issu de la réforme de 1978. Il paraît difficile de soutenir aujourd'hui que les associés sont codébiteurs avec la société²⁴⁵¹. Pour la société en nom collectif, l'article L. 221-1 alinéa 2 du Code de commerce dispose que « les

licité de la clause de limitation de responsabilité avait pourtant reçu le soutien de Thaller : Ed. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^{ème} éd., Rousseau 1910, n° 254 sq. En sens contraire : P. BÉZARD, *Sociétés civiles, contrat de société, dispositions applicables aux sociétés commerciales, sociétés en participation, registre du commerce*, préf. R. PLEVEN, Litec 1979, n° 1121.

2448 M. C. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the firm : managerial behavior, agency cost and ownership structure*, Journal of Financial Economics 3(1976) 305-360, spéc. p. 331.

2449 Paris, 21 octobre 1942, GP. 1942.2.229 ; RTDCiv. 1943.49, obs. J. CARBONNIER. Dans le même sens : Civ. III, 6 février 1969, D. 1969.434, note B. BOULOC.

2450 Civ. III, 6 février 1969, D. 1969.434, note B. BOULOC ; RS. 1969.264, note J. G.

2451 Voir D. GIBIRILA, *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Def. 1998, art. 36808, n° 39 sq., qui soutient cependant qu'une clause statutaire de solidarité instaure une « forme de garantie personnelle » (art. cit., n° 29) ; Y. DEREU, note sous Civ. III, 31 mai 1995, B. Joly 1995, § 352, qui relève que l'obligation conjointe est en principe divisée entre les codébiteurs, alors que l'obligation au passif est une obligation au tout. Voir cependant D. FIORINA, note sous Paris, 8 octobre 1999, D. 2000.583, qui soutient que subsidiarité et solidarité seraient compatibles. De plus, selon le même auteur, ce n'est pas une hiérarchie mais une chronologie des actions qu'instaure l'article L. 221-1 du Code de commerce. La subsidiarité serait alors une simple modalité de l'obligation. Voir du même auteur : *Obligations aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse I 1984, n° 22 sqq., spéc. n° 54 sqq., où l'auteur expose que l'associé en nom est débiteur principal de la dette sociale.

créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire »²⁴⁵². Dans la société civile, la responsabilité des associés est subordonnée à de vaines et préalables poursuites contre la société (article 1858 du Code civil)²⁴⁵³. La situation des associés d'une société civile de construction-vente est moins enviable. L'article L. 211-2 du Code de la construction et de l'habitation dispose en effet qu'une mise en demeure infructueuse suffit avant de mettre en cause la responsabilité des associés. Il reste que dans tous les cas l'existence de l'obligation des associés est subordonnée à l'existence d'une dette impayée de la société.

755 La subsidiarité de l'engagement des membres se manifeste également au plan de l'exécution. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler récemment que toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter. Par conséquent le titre délivré à l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir les biens des associés, fussent-ils tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales²⁴⁵⁴. Dans tous les cas l'engagement de la personne morale est premier, celui des membres subsidiaire²⁴⁵⁵. La personnalité morale n'est pas

2452 Paris, 8 octobre 1999, D. 2000.583, note D. FIORINA ; B. Joly 2000, §18, note P. LE CANNU ; Com., 14 juin 2000, Banque et Droit n° 74, novembre-décembre 2000, p. 43, obs. M. STORCK et Q. URBAN ; Com., 6 janvier 2001, B. Joly, 2001, § 92, note F.-X. LUCAS. Voir également L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. GUYON, Collection Droit des Affaires et de l'entreprise, Economica 1999, n° 55 et n° 88 ; Voir Y. CHARTIER, *L'évolution de l'engagement des associés*, RS. 1980.1, n° 30 sqq.

2453 Civ. III, 23 avril 1992, RS. 1992.763, note B. SAINTOURENS ; Civ. III, 8 octobre 1997, D. 1998, Somm. 398, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; JCP. 1998, I, 131, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER ; RS. 1998.112, note J.-F. BARBIÉRI ; B. Joly 1997, §386, note C. PRIÉTO ; Dr. Soc. 1998, Comm. 21, note Th. BONNEAU ; Com., 23 janvier 2001, BC. IV, n° 24 ; D. 2001, AJ. 781, note A. LIENHARD ; B. Joly 2001, § 118, note A. COURET ; Revue de droit bancaire et financier 2001, Comm. 69, obs. F.-X. LUCAS, la Cour de cassation qualifie l'associé d'une société civile de débiteur subsidiaire, pour lui faire bénéficier du plan de continuation.

2454 Civ. II, 19 mai 1998 (affaire Tapie), D. 1998.405, conclusions P. TATU ; D. Aff. 1998.1089, obs. V. A.-R. ; B. Joly 1998, §361, note J.-J. DAIGRE. La solution contraire avait été retenue avant la réforme de 1966 en matière commerciale : Paris, 21 octobre 1942, GP. 1942.2.229 ; RTDCiv. 1943.49, obs. J. CARBONNIER. Voir également Versailles, 11 janvier 2001, B. Joly 2001, § 111, note F.-X. LUCAS, à propos d'une société civile immobilière.

2455 Voir récemment : Civ. III, 8 novembre 2000, D. 2000, AJ. 444, note A. LIENHARD ; Dr. Soc. 2001, Comm. 21, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 2001.162, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON, qui rappelle que les associés d'une société civile ne sont pas contractuellement tenus des engagements souscrits par la société. Voir également en matière de sociétés de construction-attribution : Civ. III, 31 mai 1995, B. Joly 1995, § 352, note Y. DEREU ; RDI. 1995.759, obs. J.-Cl. GROSLIÈRE, C. SAINT-ALARY-HOUIN.

niée par l'instauration de la responsabilité illimitée des membres. Au contraire, il est permis d'affirmer que la subsidiarité implique la personnalité morale.

756 **L'idée de cautionnement.** Pour expliquer le mécanisme de la responsabilité illimitée, une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur d'une analyse en terme de cautionnement²⁴⁵⁶. L'idée de cautionnement aurait pu être contestée, au motif que les associés en nom ne bénéficient pas du bénéfice de discussion²⁴⁵⁷. Cette critique ne vaut cependant que pour les sociétés dont les associés sont solidaires, comme les SNC mais aussi les SCP. La société civile de droit commun obéit à un régime beaucoup plus strict depuis la réforme de 1978. Les poursuites contre la société doivent être restées vaines. Une simple mise en demeure ne suffit pas²⁴⁵⁸. L'associé d'une SNC, quant à lui, est tenu solidairement des dettes sociales mais n'est pas codébiteur solidaire²⁴⁵⁹. Si la dette de la société s'éteint pour quelque raison que ce soit, il est également libéré²⁴⁶⁰. Son engagement est comparable de ce point de vue avec celui d'une caution solidaire²⁴⁶¹. Cela justifierait l'absence de bénéfice de discussion (article 2021 du Code civil). Les associés d'une société civile en revanche bénéficient d'une situation très proche de celle d'une caution simple. L'absence de solidarité autorise l'instauration d'une forme de bénéfice de discussion :

2456 Voir G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXIV, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3^{ème} éd., Sirey 1907, n° 920 ; J. et Ed. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. 1^{er}, Sirey 1950, n° 246 ; V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 496. La notion d'action directe avait également été avancée : Civ. III, 28 janvier 1977, RS. 1978.281, note B. BOULOC ; JCP. N 1978, II, p. 37, note P. MEYSSON. Cependant l'action du créancier social se distingue de l'action directe « par sa finalité (organisation de la garantie du débiteur et non appréciation d'une situation inéquitable à l'égard d'une catégorie de créanciers) et par sa technique (égalité des créanciers et non discrimination entre eux) » (Chr. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. priv. n° 215, LGDJ 1991, n° 146).

2457 Paris, 21 octobre 1942, GP. 1942.2.229 ; RTDCiv. 1943.49, obs. J. CARBONNIER ; Fr. TERRÉ, *Les sociétés civiles professionnelles (commentaire de la loi du 29 novembre 1966)*, JCP. 1967, II, 2103, n° 161 ; B. BOULOC, note sous Civ. III, 6 février 1969, D. 1969.434.

2458 Voir Y. CHARTIER, *L'évolution de l'engagement des associés*, RS. 1980.1, n° 35, qui relève que la situation de l'associé d'une société civile est plus favorable que celle d'une caution.

2459 Paris, 8 octobre 1999, D. 2000.583, note D. FIORINA ; B. Joly 2000, §18, note P. LE CANNU.

2460 Com., 25 novembre 1997, Dr. Soc. 1998, Comm. 24, note Y. CHAPUT ;

2461 Voir Y. DEREU, *Juris-Classeur Sociétés Traité*, Fasc. 57-10, *Sociétés en nom collectif. Responsabilité des associés*, n° 84 sqq., qui conclut cependant que l'engagement de l'associé d'une SNC est *sui generis* (n° 89).

l'exigence de vaines et préalables poursuites²⁴⁶². La responsabilité illimitée n'est donc pas incompatible avec la personnalité morale. Elle apparaît comme une forme de garantie due par les membres²⁴⁶³. Cette garantie est une forme de cautionnement prévue par les règles d'organisation.

757 La limitation de responsabilité dans l'EURL : mythe ou réalité ? Selon la Cour d'appel de Douai, l'associé unique ne pouvait opter pour une dissolution suivie d'une liquidation²⁴⁶⁴ : la dissolution sans liquidation s'imposait à l'associé unique. Cette décision avait pour conséquence de faire cesser la limitation de responsabilité dont bénéficie en principe l'associé unique d'une EURL. Alors que la dissolution sans liquidation devait être une facilité, elle devient, si l'on suit la Cour de Douai, une obligation²⁴⁶⁵. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a cependant condamné cette solution lorsque l'associé unique est une personne physique²⁴⁶⁶. Cette issue était d'autant plus espérée que les formes de sociétés unipersonnelles se développent.

758 La pratique du cautionnement. L'exigence du cautionnement du dirigeant ou d'un associé remet-elle en cause la limitation de responsabilité recherchée ? La prétendue remise en cause de la personnalité morale ne peut cependant concerner qu'une partie du passif : seules les dettes contractuelles peuvent en principe être cautionnées²⁴⁶⁷. Elle ne concerne pas tous les membres du groupement mais seulement certains d'entre eux, qui ont accédé à des postes de direction. Elle n'est qu'un diminutif de la responsabilité

2462 Voir Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 11^{ème} éd., Economica 2001, n° 228. Une réponse ministérielle s'est prononcée en ce sens : RM. du 3 mai 1968, RS. 1969.427.

2463 Sur la notion de garantie : L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 73 sq. ; Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5^{ème} éd. avec la collaboration de A. AMIAUD, LGDJ 1926, n° 280 sq. ; F. DERRIDA, article précité, n° 6 ; L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. GUYON, Collection Droit des Affaires et de l'entreprise, Economica 1999, n° 102, qui qualifie l'obligation aux dettes de garantie légale ; *Traité des contrats*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les sociétés*, par Y. GUYON, 4^{ème} éd., LGDJ 1999, n° 46, qui se prononce dans le même sens.

2464 Douai, 14 novembre 1996, JCP. 1997, I, 4012, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; JCP. 1997, II, 22785, note J.-J. DAIGRE ; D. 1997.312, note F. PROAL ; D. 1997, Somm. 228, obs. J.-Cl. HALLOUIN.

2465 La responsabilité limitée s'impose cependant lorsque l'EURL est placée en liquidation judiciaire : T. Com. Paris, 6 janvier 1998, Dr. Soc. 2000, Comm. 10, note Y. CHAPUT.

2466 Article 103 de la loi du 15 mai 2001 qui modifie l'article 1844-5 du Code civil.

2467 Voir J. PAILLUSSEAU, article précité.

illimitée dont on vient de voir qu'elle ne remet pas en cause la personnalité morale. Pour devenir réellement efficace le cautionnement devrait être demandé à tous les associés d'une société, ce qui engendrerait des coûts prohibitifs²⁴⁶⁸. La règle de la responsabilité illimitée présente dans certaines organisations permet d'atteindre un résultat plus efficace à un moindre coût. En réalité, la pratique du cautionnement des dettes modifie de manière très limitée les règles d'organisation de la personne morale mais ne lui porte atteinte en aucune façon²⁴⁶⁹.

759 Les règles d'organisation relatives à la responsabilité des membres. La responsabilité limitée n'est pas de l'essence de la personnalité morale. Cela ne signifie pas pour autant que le principe soit celui de la responsabilité illimitée. L'étude comparée de l'association et du syndicat de copropriété déclarée permet de mesurer la portée exacte de la personnalité morale dans ce domaine. Le rapprochement de ces deux institutions se justifie par l'absence de disposition tranchant la question. La loi de 1901 ne contient en effet aucune disposition relative à l'obligation aux dettes des membres. Les associations sont cependant présentées comme des groupements à responsabilité limitée²⁴⁷⁰. Cette règle est souvent liée explicitement à leur personnalité morale²⁴⁷¹. Les membres peuvent même être considérés comme irresponsables lorsqu'ils n'ont pas fait d'apport autre que leur activité et leur connaissance.

2468 L'obtention d'un cautionnement génère des frais de négociation et de rédaction (éventuellement avec les conseils d'un avocat). Son efficacité impose une certaine surveillance de la part du créancier et parfois des coûts supplémentaires tels que l'obligation d'information annuelle lorsque le cautionnement est consenti à un établissement bancaire (article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984). En réalité, elle ne présente une certaine efficacité que dans les sociétés unipersonnelles car il est alors aisé de solliciter la garantie de tous les associés

2469 Voir A. PIÉDELIÈVRE, *Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement*, GP. 1982.1.doct. 85.

2470 Les associations syndicales libres font figure d'exception. Elles ont un statut proche de celui de la copropriété des immeubles bâtis. Ces deux institutions sont dotées d'un patrimoine de transit : voir Cl. LOMBOIS, *Commentaire de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, D. 1966, L. 93, n° 70 ; Civ. III, 27 septembre 2000, RDI. 2000.598, obs. P. CAPOULADE.

2471 Voir Associations, sous la direction d'E. ALFANDARI et de P.-H. DUTHEIL, Dalloz Action 2000, n° 1181 ; *Mémento Francis Lefebvre, Associations et fondations*, par P. MACQUERON, D. GATUMEL, P. FROTIÉ, D. DE GUIBERT, éd. Francis Lefebvre 1999, n° 1143. Voir également Civ. I, 7 octobre 1980, GP. 1981, Pan. 18, qui casse pour défaut de réponse à conclusion un arrêt de Cour d'appel qui avait condamné un dirigeant associatif sans répondre aux conclusions faisant valoir que les membres d'une association ne sont pas tenus des engagements de celle-ci.

760 Dès lors que l'engagement des membres découle des règles d'organisation et non de la personnalité morale, rien ne peut interdire l'instauration de la responsabilité illimitée dans une association, excepté l'ordre public. Or aucune règle d'ordre public dans la loi de 1901 ne semble interdire l'insertion d'une telle garantie au profit des tiers dans les statuts. Certaines associations qui exercent une activité économique y trouveraient certainement un crédit renouvelé. La responsabilité illimitée serait une incitation forte à la participation et au contrôle des membres. La quasi-irresponsabilité des sociétaires génère indubitablement des risques d'agence que l'instauration d'une forme de responsabilité devrait réduire.

761 Quelle est la situation du syndicat de copropriété en comparaison ? Le droit positif a admis le recours des créanciers contre les copropriétaires²⁴⁷². Comment justifier cette solution alors que la loi de 1965 ne contient pas davantage de disposition sur ce sujet que la loi de 1901 ? La notion d'action directe peut-elle fonder l'action du créancier du syndicat contre un copropriétaire ? Selon Monsieur Jamin, le recours des créanciers contre les associés d'une société n'est pas une action directe mais une simple garantie octroyée aux tiers²⁴⁷³. Il en est de même pour les créanciers du syndicat de copropriétaires²⁴⁷⁴. Il s'agit en effet d'une action ouverte à tous et non à certains créanciers pour des raisons d'équité : elle est la conséquence de la situation du débiteur et non de la situation du créancier. La notion d'action oblique est-elle plus satisfaisante ? Elle a été proposée en matière de syndicat de copropriétaires pour fonder l'action des créanciers contre les copropriétaires²⁴⁷⁵. L'opinion pouvait paraître défendable dans la mesure où un arrêt du 30 octobre 1984 faisait référence à une carence du syndicat. Cependant l'action oblique ne conduit pas à un paiement du créancier mais seulement à un versement dans le patrimoine de la personne morale, ce qui n'est pas le but recherché. Sans doute serait-il préférable de prévoir expressément la garantie dans la loi ou, à défaut, dans le règlement. Rien ne semble s'y opposer dans la loi de 1965.

2472 Civ. III, 10 mai 1968, D. 1969.45, note Cl. GIVERDON ; RTDCiv. 1969.357, obs. J.-D. BREDIN ; Civ. III, 30 octobre 1984, BC., III, n° 180 ; Revue des loyers 1985.36 ; Revue Administrer 1985.40 ; Def. 1985, art. 33481, n° 18, obs. H. SOULEAU ; RTDCiv. 1985.419, obs. Cl. GIVERDON.

2473 Chr. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. priv. n° 215, LGDJ 1991, n° 146. Voir cependant Versailles, 23 mars 1989, GP. 1989.2. Som. 518.

2474 Chr. JAMIN, thèse précitée, n° 148.

2475 Cl. LOMBOIS, article précité, n° 70. J.-D. BREDIN, obs. sur Civ. III, 10 mai 1968, RTDCiv. 1969.357. Voir en ce sens : Civ. III, 7 novembre 1990, LC. 1991, Comm. 41.

762 La comparaison de deux institutions dans lesquelles la question de la responsabilité des membres n'est réglée par aucune disposition expresse (association et syndicat de copropriétaires) s'avère donc fort instructive. Elle a fait apparaître une divergence de solutions qui ne s'explique pas par le caractère fonctionnel de la personnalité morale mais simplement par son incompetence à régler le problème. La personnalité morale ne suppose rien d'autre que l'existence d'un patrimoine sur lequel les créanciers peuvent être désintéressés de manière exclusive. Elle n'implique en aucune manière que la personne morale soit seule débitrice à l'exclusion des membres²⁴⁷⁶. Il n'est donc guère plus naturel pour une organisation personnifiée d'engager ses membres que de ne pas les engager. Les deux systèmes doivent être placés à égalité. Ce n'est pas la personnalité qui varie mais l'organisation elle-même²⁴⁷⁷.

763 Si la responsabilité limitée n'est pas de l'essence de la personnalité morale, les modalités d'engagement des membres apparaissent en définitive beaucoup plus nombreuses que dans le cadre des théories traditionnelles de la personnalité morale. Lorsque la responsabilité des membres est limitée, il est alors prudent d'exiger la constitution d'un capital social minimum²⁴⁷⁸. La société de quirkaires a déjà fourni l'exemple d'une organisation dans laquelle les règles de responsabilité des membres ne sont pas définies de manière unitaire et impérative. Les sociétés en commandite notamment font coexister des associés tenus aux dettes sociales et des associés qui n'engagent que leur apport. Dans les sociétés civiles de placement immobilier, les associés sont tenus au-delà de leur apport mais non pas indéfiniment²⁴⁷⁹. Ces sociétés mettent en œuvre des systèmes intermédiaires entre la responsabilité limitée et la responsabilité illimitée. La responsabilité des copropriétaires n'est pas strictement limitée mais elle ne correspond pas davantage au mécanisme ordinaire

2476 Voir en ce sens J. CHEVALIER, *Commentaire de la loi du 28 juin 1938 tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*, DP. 1939, L. 73, spéc. p. 82.

2477 G. WICKER, *Répertoire civil Dalloz*, article précité, n° 23 ; A. GHOZI, *La personne morale*, article précité, n° 157 ; B. DONDÉRO, thèse précitée, n° 499 sqq.

2478 L'article L. 224-2 du Code de commerce impose un capital minimum pour les sociétés anonymes. Une garantie indirecte se trouve également dans la négociabilité des actions : on peut escompter une plus grande diligence et une plus grande loyauté des dirigeants qui sont toujours à la merci d'un changement de contrôle de nature à remettre en cause leur position. Ce qui profite non seulement aux associés mais aussi aux créanciers. Les salariés quant à eux n'en profitent guère d'ordinaire.

2479 Article L. 214-50 et suivants du Code monétaire et financier, spéc. L. 214-55 qui limite l'engagement du souscripteur à deux fois la valeur de sa participation.

de la responsabilité illimitée. Par ailleurs, celle-ci a fait une apparition discrète dans des sociétés où l'engagement des membres étaient *a priori* limité. L'article L. 511-42 du Code monétaire et financier dispose ainsi que lorsqu'il apparaît que la situation d'un établissement de crédit le justifie, le gouverneur de la banque de France, président de la Commission bancaire, invite les actionnaires ou les sociétaires de cet établissement à fournir le soutien qui lui est nécessaire²⁴⁸⁰. Ce texte n'est assorti d'aucune sanction, mais fait tout de même apparaître l'insuffisance de la distinction traditionnelle entre responsabilité limitée et responsabilité illimitée. Dès lors que les rapports entre patrimoines relèvent de la compétence des règles d'organisation et non de l'essence de la personnalité morale, la liberté d'organisation apparaît plus grande, sous réserve des règles d'ordre public. Par ailleurs, si la personnalité morale n'impose aucun régime de responsabilité de manière impérative, elle n'est pas sans effet sur celui-ci. Les règles d'organisation ne peuvent être efficaces à l'égard des tiers que si elles ont fait l'objet d'une publicité. Seul un extrait ou une mention publié permet de rendre opposables les règles d'opposition d'origine conventionnelle.

764 La responsabilité illimitée n'a pas pour effet de nier l'engagement de la personne morale. Elle instaure simplement un ordre des poursuites. L'engagement des membres s'ajoute à celui de la personne morale et ne s'y substitue pas²⁴⁸¹. Le droit exclusif des créanciers de la personne morale de poursuivre le paiement sur les biens sociaux ne disparaît pas. Or lui seul est essentiel à la personnalité morale.

II La représentativité

2480 Voir F.-J. CRÉDOT, *Le devoir d'actionnaire d'un établissement de crédit*, in *Droit bancaire et financier. Mélanges AEDBF-France II*, sous la direction de J.-P. MATTOU et H. DE VAUPLANE, Banque éditeur 1999, p. 147.

2481 Voir B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 29.

765 La reconnaissance du caractère représentatif d'une personne morale lui permet d'agir au-delà du cercle de ses membres. En ce sens elle est une des rares formes de transcendance que le droit positif tolère. Ce n'est pas cet aspect de la notion qui nous retiendra ici²⁴⁸². La représentativité est également une forme de transparence lorsqu'elle conduit le droit à prendre en considération l'existence des membres de l'organisation que la personnalité morale rend opposable à tous. L'article L. 133-2 du Code du travail invite ainsi à apprécier la représentativité d'un syndicat notamment en prenant en considération les effectifs de celui-ci. La représentativité syndicale n'est pas unique en droit français : elle fournit un modèle pour construire d'autre type de représentativité. Cette prise en compte de l'existence des membres en droit du travail (A) ou en cas d'action collective (B) n'apparaît jamais comme une exception à la personnalité morale des organisations en cause.

A) La représentativité syndicale

766 La représentativité est-elle une manifestation de la transparence du syndicat ? Elle ferait le lien entre les salariés adhérents qui participent activement à la défense des intérêts de la profession et les autres salariés qui bénéficieront de leur action. Cela explique en particulier qu'elle manifeste tant la transcendance que la transparence. Il n'y a là aucun paradoxe. Le rattachement de la représentativité à la transparence n'a cependant pas été formulé expressément par la doctrine. Elle apparaît pourtant comme une prise en compte de l'existence des membres pour déterminer l'étendue des droits de la personne morale. Cette observation fait apparaître l'intérêt d'une brève étude de la représentativité syndicale.

767 Traditionnellement la représentativité est distinguée de la représentation du droit civil²⁴⁸³. Il s'agirait d'une représentation d'intérêts et non de personnes²⁴⁸⁴. Cette opinion est une nouvelle

2482 Voir ci-dessus, n° 413, sur l'action syndicale.

2483 Voir A. ARSEQUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse dactyl., Toulouse I 1976, p. 434, p. 637 sqq. Sur l'origine et l'histoire de la notion de représentativité : H. TROUVÉ, *La notion des syndicats les plus représentatifs de la profession. Contribution à l'histoire du droit syndical*, thèse Paris, Sirey 1942, notamment p. 8 sqq.

2484 A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, collection les voies du droit, PUF. 1994, p. 142 sq. Voir également G. BORENFREUND, *Propos sur la représentativité syndicale*, D. Soc. 1988.476 ; du même auteur, *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, D. Soc. 1991.685 ; *Pouvoir de représentation et négociation collective*, D. Soc. 1997.1006 ; J. M. VERDIER, *Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales*, D. Soc. 1991.5.

illustration du caractère excessivement étroit de la théorie de la représentation²⁴⁸⁵.

768 Selon Monsieur Verdier, « c'est traditionnellement à l'importance de ses effectifs que se mesure l'autorité d'un syndicat »²⁴⁸⁶. Une organisation dont les troupes sont nombreuses est assurée de son financement et par conséquent de son indépendance, en particulier à l'égard de l'employeur²⁴⁸⁷. Cependant selon la Cour de cassation « si le critère tiré de l'effectif de ses adhérents est essentiel pour déterminer la représentativité d'un syndicat, la faiblesse des effectifs peut être compensée par une activité et un dynamisme suffisants »²⁴⁸⁸. Elle a décidé de la même façon qu'un « tribunal d'instance, qui a relevé l'existence d'une activité syndicale dans l'entreprise, d'un nombre suffisant d'adhérents dont les cotisations permettent d'assurer l'indépendance du syndicat vis-à-vis de l'employeur, a pu décider que le syndicat... était représentatif dans l'entreprise »²⁴⁸⁹. Ces décisions font apparaître le lien qui existe entre les différents critères de représentativité et le relativisme qui affecte la condition d'effectif. La condition d'effectif n'est pas purement quantitative. Elle conduit à exiger du syndicat qui y prétend, une influence au moins potentielle au niveau où elle est appréciée²⁴⁹⁰. Cette jurisprudence s'explique par la situation du syndicalisme français qui reste minoritaire.

2485 Voir Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 493 sqq.

2486 J.-M. VERDIER, *Réalité, authenticité et représentativité syndicales*, in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique 1974, p. 571, spéc. p. 574. Voir également A. ARSEQUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse dactyl., Toulouse I 1976, p. 156 sqq. (le critère d'effectif est prépondérant mais non déterminant et suffisant), p. 478 sqq. (la preuve des effectifs). L'importance de la condition d'effectif est rappelée par la jurisprudence : Soc., 13 avril 1999, D. Soc. 1999.643, note G. BORENFREUND. Pratiquement cependant il sera parfois difficile de déterminer avec précision le nombre d'adhérents : J. SAVATIER, *La notion de représentativité des syndicats en droit français*, in *Etudes juridiques en l'honneur de Monsieur le professeur Marie-Louis Beaulieu*, Les Cahiers de Droit 1967-68, p. 437, spéc. p. 450.

2487 Voir J.-M. VERDIER, article précité, spéc. p. 582 sqq. ; J. SAVATIER, article précité, spéc. p. 450 sq. Voir Soc., 4 octobre 1994, DO. 1995.191 (la condition d'effectif suppose des adhérents et non de simples demandes d'adhésion).

2488 Soc., 8 novembre 1988, BC., V, n° 576 ; Soc., 2 novembre 1993, RJS. 12/93, n° 1219..

2489 Soc., 8 janvier 1997, BC., V, n° 13 ; RJS. 2/97, n° 167. Voir également la position du Conseil d'Etat : CE., 17 avril 1970, D. Soc. 1970.368, conclusions M. MORISOT ; D. 1972.484, note J.-M. ETESSE, qui a reconnu la représentativité de la CFTC maintenue après la scission de 1964, malgré la faiblesse de ses effectifs. Voir également Soc., 12 juillet 1994 (2 arrêts), RJS. 8-9/94, n° 1007.

2490 Voir A. ARSEQUEL, thèse précitée, p. 485 sqq.

769 Absence de remise en cause de la personnalité morale.

La représentativité est-elle une atténuation voire une négation de la personnalité morale ? Il est évident qu'elle n'est pas une négation de la personnalité morale. La représentativité est une qualité du syndicat personne morale. Il est impossible de reconnaître la représentativité sans admettre la personnalité morale des syndicats. Il peut s'agir en revanche d'une simple atténuation de celle-ci. Le droit soulèverait le voile de la personnalité pour mieux le faire retomber sur l'ensemble des salariés de la profession.

770 En réalité, la prise en compte des effectifs pour déterminer si un syndicat est représentatif n'est pas une atteinte à la personnalité morale. Un arrêt récent vient illustrer cette idée. La Cour de cassation a en effet récemment énoncé que la représentativité d'un syndicat nouvellement créé s'apprécie au sein du syndicat nouvellement créé et non en la personne de ses adhérents²⁴⁹¹. Elle a ainsi cassé au visa de l'article L. 133-2 du Code du travail un jugement qui avait relevé l'indépendance et l'expérience acquise par les membres d'un syndicat autonome antérieurement à sa création pour valider la désignation d'un délégué syndical²⁴⁹². Il est vrai que le débat avait porté uniquement sur les critères d'expérience, d'indépendance et d'ancienneté et non sur celui d'effectif. Mais la décision de la Cour de cassation affirme nettement la méthode à suivre pour apprécier la représentativité : elle est une qualité du syndicat qui doit être appréciée en son sein. La condition d'effectif n'est pas d'une autre nature que les autres. Elle s'apprécie en son sein comme un élément objectif de l'organisation syndicale et non comme une négation de la personnalité morale. En réalité, elle ne diffère guère sur le principe de l'exigence d'un nombre minimum d'associés en droit des sociétés. La prise en compte des effectifs assure l'indépendance du syndicat. Elle garantit par conséquent que le syndicat déploiera son activité en faveur des salariés de la profession²⁴⁹³. L'existence et l'importance numérique des membres d'une personne morale relèvent en définitive des règles d'organisation et non du droit de la personnalité morale²⁴⁹⁴.

2491 Soc., 9 juin 1999, BC., V, n° 275 ; RJS. 7/99, n° 939.

2492 La nouvelle organisation était issue d'une désaffiliation de certains membres d'un syndicat FO.

2493 En cela la représentativité prouvée est un moyen de réduire les risques d'agence relevés par Monsieur Didier : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 493 sqq.

2494 Voir également S. YANNAKOUROU, *L'Etat l'autonomie collective et le travailleur ? Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, préf. préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. priv. n° 247, LGDJ 1995, p. 47 sqq., les syndicats

La loi elle-même traite des « organisations syndicales » représentatives, faisant apparaître ainsi la nature organisationnelle des règles qu'elle met en place. D'autres critères utilisés pour contrôler la représentativité vont dans le même sens. Ainsi l'indépendance et les cotisations sont manifestement des éléments d'organisation et non liées à la personnalité morale du syndicat. Au contraire, l'expérience, l'ancienneté et le patriotisme de l'organisation sont des éléments personnels au syndicat, et qui comprennent par ailleurs une certaine part d'anthropomorphisme.

771 Il est vrai qu'en définitive la condition d'effectif ne prêtait guère à de long débat au regard de la personnalité morale. La brève étude de celle-ci devait cependant être entreprise afin de fournir un élément de comparaison avec une question davantage discutée : celle de la réparation du préjudice collectif.

italiens acquièrent la personnalité morale par la formalité de l'enregistrement. Celui-ci est subordonné au respect par les statuts des principes d'organisation démocratique.

B) La réparation du préjudice collectif

772 Les actions qui tendent à la réparation d'un préjudice collectif ne forment pas une catégorie unique. Une personne morale peut agir soit en réparation du préjudice subi par ses membres soit en défense d'une grande cause. Le problème n'est pas le même selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre situation. L'action en réparation engagée par une ligue de défense peut apparaître comme une forme de transparence dans la mesure où le préjudice réparé est apprécié du chef des membres et non pas du chef de la personne morale²⁴⁹⁵. La question se pose de manière moins directe à propos des associations qui ont reçu une habilitation pour agir en défense d'un intérêt général. Il s'agit alors de savoir selon quelle méthode déterminer le montant des dommages-intérêts. Faut-il en particulier tenir compte des effectifs de l'association ou tenter de trouver un autre critère qui respecterait mieux la personnalité morale ? Dans un cas, la fonction réparatrice de la responsabilité n'est pas remise en cause (1), alors que dans l'autre, il s'agit en réalité davantage d'une hypothèse de peine privée (2).

1) Réparation d'un préjudice collectif et préjudice individuel

2495 Pour des négations totales de la personnalité morale en matière d'action en réparation d'un préjudice collectif voir par exemple : M. PLANIOL, note sous Amiens, 13 mars 1895, DP. 1895.2.553 ; L. M. MARTIN, *Après l'arrêt du 7 janvier 1976*, RJC. 1978.151 ; du même auteur, *Le représentant des créanciers et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985*, RDB. 1990.64.

773 L'action des ligues de défense. Les ligues de défense sont recevables à agir en réparation du préjudice subi par leurs membres. La jurisprudence juge recevable l'action en responsabilité civile introduite par une association lorsqu'elle est fondée sur un intérêt collectif²⁴⁹⁶. La composition du groupement est apparue comme un élément essentiel dans le débat²⁴⁹⁷. En particulier, la jurisprudence dominante exige qu'un membre au moins ait subi un préjudice. Il n'est pas nécessaire cependant que tous les membres aient effectivement subi un préjudice. Il suffit que les adhérents soient susceptibles d'être tous atteints par le fait dommageable. Dès lors qu'un membre a intérêt à agir et que l'on admet que l'association tient ses droits de ses adhérents²⁴⁹⁸, l'association doit être considérée comme ayant autant de droits qu'en avaient ceux-ci. Elle est alors recevable à agir en justice.

774 L'évaluation des dommages-intérêts. L'évaluation et le sort des dommages-intérêts n'ont pas retenu la doctrine²⁴⁹⁹. Il semble qu'aucun arrêt n'expose une méthode de calcul des dommages intérêts dus en présence d'une action introduite par une association. *A fortiori* aucun arrêt ne se prononce sur la méthode à suivre en présence d'une pluralité d'associations demanderesses. Comment répartir alors les dommages-intérêts que les associations obtiennent en justice ? Si le fait que tous les membres n'aient pas effectivement subi de dommage n'a aucune influence sur la recevabilité de l'action, il a au contraire des conséquences en matière d'évaluation du préjudice. Le montant des dommages-intérêts sera fonction du préjudice subi par les membres. L'association devra en principe établir le préjudice de chaque membre qui prétend obtenir réparation.

775 Le sort des dommages-intérêts. Quel est le sort des indemnités perçues par la ligue de défense ? Peuvent-elles entrer dans le patrimoine de la personne morale sans risquer d'apparaître comme des distributions d'économies sinon de bénéfices ? Cela ne semble pas impossible dans la mesure où l'action de l'association est recevable

2496 Poitiers, 28 décembre 1925, S. 1926.2.65, note A. ESMEIN ; Civ., 25 novembre 1929, DH. 1930.1.

2497 Civ. II, 21 juillet 1986, BC. 1986, II, n° 219 ; voir au contraire pour la recevabilité de l'action d'un syndicat patronal sur le fondement de l'article 221-5 du Code du travail : AP., 7 mai 1993, BC. 1993, AP, n° 10 ; D. 1993.437, conclusions M. JÉOL ; JCP. G 1993, II, 22083, note Y. SAINT-JOURS ; JCP. E 1993, II, 470, note J. SAVATIER.

2498 L'intérêt de la personne morale est déterminé par référence à l'intérêt de ses membres et/ou fondateur : voir ci-dessus, n° 300 sqq., sur la recevabilité des actions des ligues de défense.

2499 Voir cependant R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, 2^{ème} éd., LGDJ 1951, n° 569.

parce que les membres ont réalisé une sorte d'apport de leur droit d'action, que l'on peut qualifier de cession dans l'intérêt du cédant²⁵⁰⁰. La répartition des sommes recueillies par la voie judiciaire n'est plus alors une distribution d'économies ou de bénéfice, illicite, mais une reprise d'apport après subrogation de l'indemnité à l'action. Une autre interprétation consiste à faire de l'association un simple mandataire des membres. Elle serait alors chargée de recueillir les fonds pour le compte des membres victimes. En aucun cas l'association ne peut demander ni obtenir plus que ce que ses membres auraient pu demander personnellement.

776 Le respect de la personnalité morale. La détermination du montant des dommages-intérêts par référence aux préjudices subis par les membres de l'association est-elle une illustration de la transparence des associations de défense ? On pourrait en effet le soutenir dans la mesure où le préjudice collectif n'a aucune autonomie par rapport aux préjudices individuels. La question du préjudice collectif a effectivement un lien avec la théorie de la personnalité morale au-delà de la seule question de la recevabilité de l'action. La doctrine établit souvent un rapport entre les deux questions²⁵⁰¹. La personnalité morale de la masse a ainsi été contestée au motif que le préjudice était uniquement individuel et non collectif. C'est la position défendue avec constance par Monsieur L. M. Martin²⁵⁰². En réalité, le préjudice propre de la collectivité des créanciers a été reconnu²⁵⁰³. Il fonde aujourd'hui la recevabilité de l'action du représentant des créanciers. Il est réparé par l'octroi de dommages-intérêts évalués en fonction de l'influence du fait générateur sur le droit de gage des créanciers. Il n'y a donc aucune rupture entre le préjudice des membres et celui de la personne morale. Ce constat ne conduit pas à une remise en cause totale ou partielle de la personnalité morale mais uniquement à une affirmation nouvelle du caractère immanent de l'intérêt de la personne morale par rapport à celui de ses membres.

2500 Voir ci-dessus n° 538, n° 827, n° 894. Selon Savatier « les indemnités sont obtenues par le groupement, pour être redistribuées entre ses membres » : R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, 2^{ème} éd., LGDJ 1951, n° 569.

2501 M. VASSEUR, *La mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1976*, Banque 1976.637 ; L. M. MARTIN, *Après l'arrêt du 7 janvier 1976*, RJC. 1978.151 ; du même auteur, *Le représentant des créanciers et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985*, RDB. 1990.64.

2502 L. M. MARTIN, *Après l'arrêt du 7 janvier 1976*, RJC. 1978.151 ; du même auteur, *Le représentant des créanciers et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985*, RDB. 1990.64.

2503 Voir ci-dessus, n° 307 sqq.

L'immanence fait sentir ses effets non seulement sur le terrain de la recevabilité de l'action mais aussi sur celui de l'évaluation du préjudice.

777 Il est acquis que l'intérêt de la personne morale est un intérêt immanent et non pas transcendant et que la personnalité morale a pour fonction de rendre opposable l'organisation qui défend cet intérêt. Il n'y a alors aucune atteinte à la personnalité morale dans le fait de prendre en compte l'intérêt des membres pour définir l'intérêt de la personne morale. Au contraire, il est de la nature même de l'institution d'établir un tel lien entre les intérêts. Alors que les théories de la transcendance étaient dans l'incapacité d'expliquer un tel renvoi, la théorie de l'immanence l'implique.

2) Réparation d'un préjudice collectif et peine privée

778 **La détermination du préjudice collectif.** La situation envisagée ici diffère de celle que l'on vient d'étudier. Il ne s'agit plus de la réunion au sein d'une association de personnes qui ont subi un préjudice mais d'une association qui prétend défendre un intérêt altruiste, un intérêt général. La jurisprudence est traditionnellement hostile à ces actions²⁵⁰⁴. Les associations privées n'ont par nature aucun titre pour agir dans l'intérêt général. Admettre la recevabilité des actions d'intérêt général provoquerait une dépersonnalisation regrettable du contentieux. C'est en réalité ce que recherchent les associations qui poursuivent moins l'application du droit que sa modification²⁵⁰⁵. Les risques attachés à la prétention de représenter une masse indéterminée d'individus et de provoquer une modification du droit justifient le contrôle de l'autorité publique sur les personnes morales de droit privé qui prétendent agir dans l'intérêt général. Le droit français persiste à exiger une habilitation spéciale des institutions qui prétendent à ce statut dérogatoire. Une association qui aurait surmonté l'obstacle de la recevabilité pourrait alors demander réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif qu'elle défend.

779 A nouveau se pose la question de l'évaluation du préjudice collectif : comment fixer le montant des dommages-intérêts. Les juges ont parfois retenu que le fait de voir ses efforts contrariés par un acte

2504 En ce sens : S. GUINCHARD, *Les moralistes au prétoire*, in Jean Foyer, *auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 477.

2505 En ce sens : Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 518 sqq. Cet aspect réformateur de l'action d'intérêt général explique aussi les fléchissements de certaines juridictions face aux associations qui défendent des grandes causes.

illicite qui rend nécessaire de nouvelles dépenses justifiait l'octroi de dommages-intérêts²⁵⁰⁶. Cette solution ne peut être admise en principe dans la mesure où elle ferait varier le montant des dommages-intérêts en fonction d'un élément totalement arbitraire, à savoir les frais exposés par les groupements qui agissent²⁵⁰⁷. Leur nombre même serait source d'aggravation des condamnations sans rapport avec l'acte ni avec ses conséquences concrètes²⁵⁰⁸. Si plusieurs associations agissent simultanément, il faudrait leur accorder chacune une réparation calculée selon leur budget respectif. On peut identifier le préjudice collectif avec le risque que fait peser sur la collectivité une pratique illicite²⁵⁰⁹. Il reste cependant des questions importantes à résoudre. Le problème est déplacé et non résolu. La question est toujours la même : comment évaluer les dommages-intérêts ? Par ailleurs la notion de risque couru est trop floue pour servir de critère jurisprudentiel²⁵¹⁰. La solution est sans doute ailleurs.

780 La question de l'évaluation du préjudice est parfois traitée rapidement par les juges du fonds. On peut trouver des affirmations générales peu justifiées comme celle de la Cour d'appel de Paris en 1911 dans l'affaire qui opposait le Cardinal de Luçon à des instituteurs réunis en association. Après avoir affirmé que le préjudice existait et qu'il était général, collectif et direct, la Cour d'appel a affirmé qu'elle avait « les éléments nécessaires pour l'évaluer. Elle relève ensuite qu'il en est de même pour le préjudice moral mais ajoute « que celui-ci est beaucoup plus considérable ; qu'il résulte, en effet, des débats, que les imputations relevées ont été de nature à nuire actuellement à la

2506 Crim., 28 novembre 1973, D. 1974.170. Sur cette méthode de calcul : S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, Bibl. dr. priv. n° 250, LGDJ 1995, n° 188.

2507 Voir L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Bibl. dr. priv. n° 278, LGDJ 1997, n° 316.

2508 Voir A. MORIN, *L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988*, *Revue européenne de droit de la consommation* 1991.3, qui remarque que trois ou quatre associations agissent souvent dans une même instance. Voir également Civ. II, 18 décembre 1995, BC., II, n° 314 ; JCP 1996, I, 3985, n° 3, obs. G. VINEY, dix associations étaient dans l'instance et chacune d'elles a reçu des dommages-intérêts réparant un préjudice distinct.

2509 Voir A. MORIN, article précité ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, Bibl. dr. priv. n° 250, LGDJ 1995, n° 189. La comparaison pourrait être faite avec l'action individuelle exercée syndicalement de l'article L. 135-4 du Code du travail. Cependant d'une part le bénéficiaire est toujours déterminé ou déterminable ; d'autre part le syndicat ne demande alors aucune réparation personnelle. Celle-ci relève de l'article L. 135-5 du Code du travail : Soc., 20 juin 1990, BC., V, n° 308.

2510 Voir L. BORÉ, thèse précitée, n° 316, qui remarque également que la notion est inconnue de notre droit de la responsabilité civile.

considération des deux associations et à porter directement atteinte aux intérêts moraux de l'enseignement... »²⁵¹¹. La question de l'évaluation réelle du préjudice n'est pas sérieusement abordée.

781 La Cour de cassation a manqué récemment une occasion de trancher la question. Face à l'action de dix associations elle a admis que les juges du fond pouvaient attribuer à chacune des dommages-intérêts réparant un préjudice distinct. Le pourvoi contestait pourtant ce point au motif que le préjudice moral invoqué ne pouvant être que global et indivisible, une seule condamnation pouvait être prononcée. Le fondement de cette argumentation était que le nombre d'associations ne pouvait pas modifier le montant de l'indemnité, ce qui est juste si on voit dans ce type d'action des peines privées²⁵¹². La Cour de cassation est cependant restée prisonnière de la logique indemnitaire et a rejeté le pourvoi. L'attribution du franc symbolique est une autre façon de ne pas se poser la question de l'évaluation. Il est difficile de critiquer les juges qui prononcent cette condamnation dans la mesure où ils font souvent droit à une demande émanant des associations. Cette pratique est sans doute un indice de l'impuissance de l'idée de réparation à expliquer le régime des actions en justice des associations.

782 **L'admission de la peine privée.** S'agit-il réellement de réparation ? Il est permis d'en douter. La fonction de la responsabilité civile en droit contemporain a sensiblement évolué. D'un point de vue de politique juridique, on peut dire que sa charge morale est réduite aujourd'hui. Elle a essentiellement deux fonctions : une fonction de garantie et une fonction de peine privée²⁵¹³. L'idée que la responsabilité civile remplit une fonction de peine privée a été avancée en matière de personnalité morale par Coulombel²⁵¹⁴. Elle

2511 Paris, 4 janvier 1911, décision cassée par Civ., 4 mars 1914, DP. 1913.1.321, conclusions SARRUT ; note L. ROLLAND

2512 Voir G. VINEY, obs. sous Civ. II, 18 décembre 1995, JCP 1996, I, 3985, n° 3.

2513 Voir B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de la garantie et de peine privée*, préf. M. PICARD, Rodstein 1947, notamment p. 354 sqq., à propos de la fonction de peine privée. La jurisprudence refuse cependant d'admettre expressément l'existence de la peine privée : Crim., 8 février 1977, B. Crim., n° 52, qui casse un arrêt qui avait prononcé des condamnations civiles au motif que les auteurs de l'infraction « faisaient preuve d'une obstination à laquelle il était nécessaire de les voir mettre fin ».

2514 P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Imprimerie Moderne 1950, p. 259 sqq. Voir également : A. MESTRE, note sous CR., 5 avril 1913, Civ., 5 novembre 1916 et Civ., 28 novembre 1916, S. 1920.1.49 ; *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, Les obligations. La responsabilité : effets, par G. VINEY, LGDJ 1988, n° 6 ; L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions*

semble en effet rendre compte de la situation dans laquelle une association sollicite l'indemnisation d'un préjudice dont elle n'est pas naturellement la victime. Si l'on voit dans les associations des auxiliaires du ministère public, il n'y a rien de surprenant à les voir solliciter l'octroi de réparations civiles apparentées à une peine. Disparaît ainsi une première difficulté : celle de l'évaluation du préjudice effectivement subi. Peut-on aller plus loin et proposer un critère positif d'évaluation ? On pourrait ainsi imaginer de calculer le montant des dommages-intérêts suivant le profit retiré par l'auteur. Monsieur Boré se prononce cependant contre ce mode de calcul qui ne relève pas selon lui de la logique de la peine privée mais de l'action de groupe²⁵¹⁵. On peut penser également qu'il ne serait pas totalement efficace dans la mesure où il laissera le plus souvent subsister un profit pour l'auteur.

783 L'exemple de la représentativité peut alors fournir un modèle intéressant qui justifiera *a posteriori* son étude. La représentativité de l'association pourrait en effet être un critère fiable d'évaluation du dommage causé par l'acte illicite. Elle serait déterminée en particulier par référence aux effectifs de l'association. Il s'agit d'un critère objectif dans la mesure où l'importance numérique de l'association rend compte de l'importance du préjudice social subi. L'importance des effectifs est un signe de mobilisation de ce que l'on appelle la société civile et par conséquent du caractère considérable de l'intérêt protégé. C'est également un signe de l'activité et du dynamisme de l'association ainsi que de son indépendance. Réapparaît alors le risque de méconnaître le principe de séparation de la personne morale et de ses membres. Ce risque est illusoire comme a permis de le constater l'étude de la représentativité syndicale. La représentativité des associations construites en définitive

administratives et judiciaires, Bibl. dr. priv. n° 278, LGDJ 1997, n° 315 sqq. ; B. BEIGNER, *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, Bibl. dr. priv. n° 234, LGDJ 1995, p. 256 sq. ; J.-H. ROBERT, note sous Crim., 25 septembre 1997, Dr. Pén. 1998, Comm. 39. La Cour de cassation a cassé par cet arrêt une décision qui n'avait pas suffisamment caractérisé l'existence du préjudice collectif subi par une association de défense de l'environnement.

2515 L. BORÉ, thèse précitée, n° 325. La jurisprudence semble y être hostile : Crim., 20 mai 1985, B. Crim., n° 190, qui rejette le pourvoi d'une association de consommateur qui avait prétendu obtenir la réparation du préjudice collectif économique et moral subi par la collectivité des consommateurs par rapport au profit illicite procuré par l'infraction à son auteur. La Cour de cassation se prononce ainsi au motif que le préjudice qui est porté par une infraction à l'intérêt collectif des consommateurs ne se confond pas avec le préjudice subi personnellement par les victimes directes de l'infraction qui peuvent seules en demander réparation.

sur le même modèle ne porte pas atteinte à la personnalité morale. Elle est uniquement un élément de l'organisation pris en compte pour s'assurer de son efficacité afin de lui reconnaître des prérogatives particulières.

III L'influence de la qualité des membres sur la personne morale

784 Dans certains groupements la qualité des membres est prise en compte dans la détermination du régime de l'organisation. La personnalité morale ne fait pas totalement écran entre les membres et les tiers. Peut-on dire alors qu'il s'agit d'un phénomène de transparence qui conduit à une remise en cause de la personnalité morale ? La réponse sera à nouveau négative. Aucune des hypothèses de prise en compte de la qualité des membres (A) ne permet de nier la personnalité morale de l'institution en cause (B).

A) Hypothèses de prise en compte de la qualité des membres

785 Les situations dans lesquelles la qualité des membres est prise en compte pour déterminer la qualité ou la nature de la personne morale ne sont pas courantes²⁵¹⁶. Le plus souvent elles concernent la qualité de commerçant. Le développement des structures sociétaires pour l'exercice de professions réglementées a conduit à l'édiction d'une législation comparable.

786 **La qualité de commerçant.** Les associés d'une société commerciale de personnes comprennent parmi ses membres uniquement des commerçants²⁵¹⁷. Peut-on classer cette situation parmi les phénomènes de transparence ? On pourrait en douter dans la mesure où il semble à première vue que c'est la personne morale qui influence la qualité des associés : la société est commerciale, les associés sont par conséquent commerçants. En réalité, il s'agit bien d'un phénomène de transparence²⁵¹⁸. Il suffit de faire apparaître ce qui est implicite dans les dispositions citées. En effet, la conséquence principale de l'acquisition de la qualité de commerçant par les associés d'une société de personnes commerciale est d'écarter les mineurs et les incapables protégés de tels groupements²⁵¹⁹. On peut donc soutenir que l'article L. 221-1 du Code de commerce exige une

2516 I. PASCUAL, *La prise en compte de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTDCom. 1998.273.

2517 Article L. 221-1 du Code de commerce pour les sociétés en nom collectif.

2518 Voir L. LACOUR, J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, 2^{ème} éd., Dalloz 1921, n° 230 et n° 238, qui nient la personnalité morale de la SNC et en déduisent que chaque associé est considéré comme faisant le commerce avec ses coassociés pour son compte personnel. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial Belge*, t. IV, éd. Fecheyr 1950, n° 175, qui examine la transparence de la SNC.

certaine capacité des associés en nom. L'existence même de la société en dépend²⁵²⁰. En définitive exiger des membres qu'ils deviennent commerçants conduit à faire dépendre la capacité de la personne morale à faire elle-même le commerce de la capacité de ses membres.

787 Sont-ils cependant réellement commerçants ? On peut en douter dans la mesure où les associés en nom ne sont pas tenus de s'immatriculer au RCS, ni de tenir une comptabilité distincte²⁵²¹. Il est vrai cependant que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société rejaillira sur les associés qui se verront personnellement soumis à une procédure du même type (article L. 624-1 du Code de commerce). Cette règle distingue les sociétés commerciales des sociétés civiles dans lesquelles les membres ne sont pas atteints par la procédure engagée contre la société. En réalité, cette divergence de solutions n'est guère justifiable aujourd'hui et ne peut donc fonder la commercialité des membres dans les sociétés en nom collectif. Les procédures collectives ne sont plus réservées aux seuls commerçants mais bénéficient pratiquement à tous les professionnels à l'exception de l'entreprise individuelle libérale. On peut donc soutenir que la règle de commercialité des membres de sociétés commerciales de personnes n'a pas d'autre fondement que la loi, qui elle-même n'a guère de fondement rationnel²⁵²². Elle ne conduit pas à faire des associés de ces sociétés de véritables commerçants mais à exiger d'eux une capacité qui conditionne celle de la personne morale. C'est bien une aptitude abstraite et non une activité effective qu'exige la loi.

788 **Les sociétés professionnelles.** L'exercice en groupe d'une profession réglementée pose des questions de même ordre que celles qui viennent d'être rencontrées à propos des sociétés de personnes commerciales. La prise en compte de la qualité des membres y est

2519 Voir I. PASCUAL, *La prise en compte de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTDCom. 1998.273, spéc. n° 14. Voir également F.-X. LUCAS, *Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom*, in *Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche 2000, p. 281, qui critique sévèrement le maintien de cette condition.

2520 Article L. 235-1 (lors de la formation), et L. 221-16 (en cours d'existence) du Code de commerce. Voir également G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. I, 17^{ème} éd. par M. GERMAIN et L. VOGEL, LGDJ 1998, n° 1177.

2521 Voir E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^{ème} éd. par J. PERCEROU, Rousseau 1931, n° 332 ; V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 473 ; L. FREDERICQ, op. cit., n° 175. Ils sont tenus cependant de publier leurs contrats de mariages : article 8 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984, relatif au registre du commerce et des sociétés.

2522 Voir F.-X. LUCAS, article précité, p. 281 ; V. SIMONART, thèse précitée, n° 499.

même plus directement visible. Pour pouvoir exercer son activité, une société professionnelle doit comprendre des membres de la profession en cause. La proportion n'est pas la même cependant qu'il s'agisse d'une société civile professionnelle ou d'une société d'exercice libéral²⁵²³. Dans les sociétés civiles professionnelles les associés doivent être des personnes physiques réunissant toutes les conditions exigées par les lois et règlements pour l'exercice de la profession²⁵²⁴. Tous les associés doivent exercer la même profession : l'exclusion des non professionnels est absolue²⁵²⁵. La loi permettait la création de sociétés interprofessionnelles mais cette possibilité n'a pas été exploitée en l'absence de décret d'application²⁵²⁶. Les sociétés d'exercice libéral²⁵²⁷ peuvent être monoprofessionnelles ou interprofessionnelles²⁵²⁸. En toute hypothèse, une SEL doit être contrôlée par des professionnels en exercice dans la société²⁵²⁹. L'existence de la société en dépend²⁵³⁰.

2523 Voir J.-P. GASTAUD, *Les formes sociales de l'activité libérale*, in *Les professions libérales*, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ 1998, p. 53, qui relève notamment que l'autonomie de la société par rapport à ses membres est plus grande dans les sociétés d'exercice libéral que dans les sociétés civiles professionnelles.

2524 Voir la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 (et ses décrets d'application) et notamment l'article 3 de la loi de 1966.

2525 Voir A. LAMBOLEY, *Sociétés civiles professionnelles*, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 191-10, n° 56 ; du même auteur, *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, préf. J. SAVATIER, Bibl. dr. de l'entreprise t. 3, Librairie technique 1974, n°112 sqq.

2526 Article 2 de la loi de 1966. La loi de 1966 distingue les sociétés monoprofessionnelles et les sociétés interprofessionnelles mais aussi au sein des premières les sociétés intégrées et les sociétés non intégrées. Les sociétés intégrées sont titulaires de l'office public ou ministériel ; les sociétés non intégrées, rares en pratique, réunissent des associés personnellement titulaires d'un office. Voir les articles 2 et 5 de la loi de 1966 ; A. LAMBOLEY, article précité, n° 22 sqq.

2527 Les SEL sont régies par une loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990. Voir B. SAINTOURENS, *Les sociétés d'exercice libéral*, RS. 1991.707 ; du même auteur, V° *Sociétés d'exercice libéral*, in *Répertoire des Sociétés* ; Cl. CHAMPAUD, RTDCom. 1991.52 ; Y. GUYON, *L'exercice en société des professions libérales réglementées*, ALD. 1991.75 ; J.-J. DAIGRE, *Les sociétés d'exercice libéral*, B. Joly 1991, § 83.

2528 Article 1^{er} alinéa 2 de la loi de 1990. La possibilité de recourir à la structure interprofessionnelle reste cependant incertaine : B. SAINTOURENS, article précité, in *Répertoire des Sociétés*, n° 16 sq.

2529 Article 5 de la loi de 1990. La minorité ne peut cependant être composée librement. Voir également J.-Cl. GOURGES, *La composition de la minorité dans les sociétés d'exercice libéral*, Dr. Soc. 1993, Chr. 6. L'article 6 de la loi prévoit par ailleurs un régime variable selon les professions, qui illustre le caractère exceptionnel de la participation minoritaire de non professionnels. Enfin il ne faut pas confondre les sociétés dont l'objet est interprofessionnel (article 1^{er} de la loi de 1990) et les sociétés dont une minorité n'appartient pas à la profession dont l'exercice est l'objet de la société (article 5 de la loi de 1990).

2530 Article 5 alinéa 4 de la loi de 1990, qui prévoit la dissolution de la société au cas où les conditions de détention du capital ne seraient plus respectées. Lors de la

789 Peut-on voir dans cette exigence un phénomène de transparence conduisant à une remise en cause de la personnalité morale de la société ? La forme d'*intuitus personae* qui domine les sociétés de personnes comme les sociétés professionnelles est-elle une atténuation de la personnalité morale ? Dans la mesure où la prise en compte de la qualité des membres est plus directe encore que dans les sociétés de personnes, un argument *a fortiori* devrait permettre une conclusion identique : l'écran de la personnalité morale serait méconnu afin d'atteindre la personne des membres. Selon Monsieur Guyon, « la société, en raison de son objet, tend à s'effacer derrière la personne des associés puisque l'acte professionnel... ne peut émaner que d'une personne physique membre de la profession »²⁵³¹. Il s'agirait d'une méconnaissance de la personnalité morale de ces sociétés. Monsieur Goldsmith proposait également de restreindre la personnalité morale des SCP au nécessaire²⁵³². Il était opposé à l'intégration de la société dans la profession. Monsieur Béhin est parmi les défenseurs de la théorie de la transparence, celui qui l'a formulée de la manière la plus nette²⁵³³. Pour affirmer la « singulière transparence » des SCP il relève que « les caractères spécifiques des professions libérales imposent de réduire et même de supprimer l'écran de la personnalité morale pour l'exercice de la profession »²⁵³⁴. Madame Lamboley suit sur ce point l'opinion de Monsieur Béhin et soutient que « force est de constater [que] la personnification réelle de la société est quelque peu altérée par rapport au schéma traditionnel »²⁵³⁵.

constitution la question ne se pose guère en pratique car la société ne peut exercer la profession en cause qu'après agrément de l'autorité compétente ou inscription sur la liste de l'ordre (article 3 de la loi de 1990). L'immatriculation a lieu après cette formalité. Les contrôles *a priori* sont donc suffisamment étroits pour qu'une société ne respectant pas les conditions de répartition du capital ne soit pas constituée.

2531 Y. GUYON, *V° Sociétés civiles professionnelles*, in *Répertoire des Sociétés*, n° 24, et n° 36. Voir également Fr. TERRÉ, *Les sociétés civiles professionnelles*, JCP. 1967, I, 2103, n° 12 et n° 26 sq. ; J. FOYER, *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 113 sqq., spéc. n° 12 sq.

2532 J.-Cl. GOLDSMITH, *A propos du projet de loi sur les sociétés professionnelles*, D. 1966, Chr. 37. Seules les relations avec les tiers étaient visées par Monsieur Goldsmith.

2533 J. BÉHIN, *Les sociétés professionnelles notariales*, in *Théorie et pratique des sociétés civiles*, Librairies techniques 1970, p. 535 sq.

2534 J. BÉHIN, op. cit., p. 536.

2535 Voir A. LAMBOLEY, *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, préf. J. SAVATIER, Bibl. dr. de l'entreprise t. 3, Librairie technique 1974, n° 105. L'auteur fait expressément référence à la notion de transparence.

790 Cependant dans aucun des cas étudiés ici la personnalité n'est atteinte. La conception de la personnalité morale développée jusqu'ici n'entre pas en contradiction avec les phénomènes que l'on vient de relever.

B) Justification

791 La théorie qui voit dans les SNC, SCP et SEL des sociétés à la personnalité morale réduite est-elle justifiée ? Il semble que la réponse soit négative. Outre que cette théorie appliquée aux SCP rend difficile la distinction avec les sociétés de moyens, elle est fondée sur une conception de la personnalité morale que l'étude menée jusqu'à présent contredit. Il convient tout d'abord d'écarter l'opinion selon laquelle ces sociétés ne seraient pas dotées de la personnalité morale. La personnalité morale des SCP et des SNC ne fait aucun doute. Elle découle de leur immatriculation au RCS²⁵³⁶. Il en est de même des sociétés d'exercice libéral. La reconnaissance de la personnalité morale des structures professionnelles a été une innovation importante et contestée de la loi de 1966²⁵³⁷.

792 Il faut prendre garde ensuite de ne pas étendre la personnalité morale des SCP dans le seul but de mieux la critiquer²⁵³⁸. Il n'est pas question de retirer leurs titres aux associés pour reconnaître la qualité de membre de la profession à la seule société. Il est même difficile d'affirmer sans nuance l'appartenance de la société à la profession. Selon Coulombel, la notion de profession serait inapplicable aux personnes morales : « une société a un objet, elle n'a pas de profession »²⁵³⁹. Mais il ne connaissait pas les SCP, ni les SEL, dont la création a modifié les données du problème. Une conception nuancée conduit, aujourd'hui, à admettre la qualité de professionnel de la société comme celle des associés tout en affirmant la prépondérance des membres. Une SCP notamment appartient à

2536 Article L. 210-6 du Code de commerce (SNC). Article 1^{er} de la loi du 29 novembre 1966 et 1842 du Code civil (SCP). Voir également Y. GUYON, article précité, n° 13.

2537 Voir Fr. TERRÉ, *Les sociétés civiles professionnelles*, JCP. 1967, I, 2103, n° 22 sqq. ; A. LAMBOLEY, thèse précitée, n° 74 ; J.-Cl. GOLDSMITH, *A propos du projet de loi sur les sociétés professionnelles*, D. 1966, Chr. 37.

2538 Sur cette méthode contestable voir : Fr. TERRÉ, article précité, n° 27.

2539 P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Imprimerie Moderne 1950, p. 381. Voir en sens contraire : L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932, n° 226, Michoud défendait de cette manière le droit d'association des personnes morales, notamment afin de leur permettre d'adhérer à des syndicats professionnels.

l'ordre qui représente la profession²⁵⁴⁰. Elle est également « un sujet de droit disciplinaire »²⁵⁴¹. Sous d'autres aspects la personne des associés reste importante. Ainsi pour la détermination du nombre de membres des instances ordinales chaque associé est décompté individuellement²⁵⁴². De la même façon les incompatibilités qui atteignent les associés sont parfois étendues à la société²⁵⁴³. L'originalité du régime des sociétés professionnelles est donc manifeste. Elle tient au fait que si le contrat avec le client est conclu par la société, il est exécuté par une personne physique²⁵⁴⁴. On comprend alors que tout est prévu en définitive pour que l'activité libérale conserve son caractère personnel²⁵⁴⁵. Cette situation entraîne-t-elle une remise en cause de la personnalité morale des sociétés ?

793 La personnalité morale est une technique du droit positif qui permet de rendre opposable une organisation constituée afin de promouvoir un intérêt spécifique immanent aux intérêts individuels. L'intérêt est apparu par ailleurs comme une combinaison d'éléments subjectifs (la finalité) et d'éléments objectifs (l'activité). L'existence de sociétés commerciales dont les membres sont eux-mêmes commerçants et celle de sociétés dont les associés doivent appartenir à une profession déterminée entrent-elles dans ce cadre théorique ?

794 Les règles exposées ici ont pour effet de soumettre l'exercice d'une activité, commerciale ou libérale, à des conditions de capacité qui s'apprécient non dans la personne de la société mais dans celle de ses membres. Elles lient directement la capacité de la société, voire son existence même, à la capacité des associés. Dans une perspective traditionnelle, il est indéniable que cette situation illustre une remise en cause de la personnalité morale de la société. Dans cette conception le groupement des associés et son intérêt sont transcendés

2540 Voir A. LAMBOLEY, *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, préf. J. SAVATIER, Bibl. dr. de l'entreprise t. 3, Librairie technique 1974, n° 141 sqq.

2541 A. LAMBOLEY, thèse précitée, n° 187. Cependant alors que certaines sociétés peuvent être poursuivies indépendamment de leurs membres (article 57 du décret n° 77-636 du 14 juin 1977 relatif aux SCP constituées entre médecins), d'autres ne peuvent faire l'objet de poursuites indépendantes (article 51 du décret n° 92-680 du 20 juillet 1992 relatif aux SCP constituées entre avocats). Les SEL sont également des sujets de droit disciplinaire. Voir par exemple : article 27 du décret n° 93-492 du 25 mars 1993 relatif aux SEL d'avocats.

2542 Article 47 du décret n° 92-680 du 20 juillet 1992 relatif aux SCP constituées entre avocats.

2543 Article 48 du décret n° 60-868 du 2 octobre 1967 relatif aux SCP constituées entre notaires.

2544 Voir A. LAMBOLEY, thèse précitée, n° 77 sqq.

2545 En ce sens A. LAMBOLEY, thèse précitée, n° 190.

par la personne morale et son propre intérêt. La détermination de la capacité de la personne morale doit être l'œuvre directe de la loi (théorie de la fiction légale) ou le résultat d'une analogie anthropomorphique (théorie de la réalité organique). Les sociétés étudiées ici forcent l'observateur à sortir de cette alternative. Il est impossible de soutenir qu'il s'agit d'une application de la théorie de la fiction légale car elle interdit de faire référence aux membres dans la mesure où la fiction légale prône la transcendance et un principe rigide de séparation. Il est tout aussi difficile de soutenir qu'il s'agit d'une application de la théorie de la fiction doctrinale car elle est contredite par le fait que la personnalité morale est reconnue non seulement par la doctrine mais aussi souvent par la loi elle-même. La réalité sort-elle renforcée de cette analyse ? La réalité organique n'offre aucun avantage théorique sur ce point car elle semble conduire, par son anthropomorphisme, à des solutions écartées par le droit positif. La société n'est pas la seule professionnelle : les personnes physiques exercent, au sens fort, leur profession. La réalité technique pourrait fournir un cadre théorique adapté aux solutions nuancées du droit positif, mais à la condition d'adopter une conception de la personnalité morale comme totalité immanente. Cette construction, dont on a déjà relevé la proximité avec certaines conclusions retenues dans cette thèse, est cependant restée inachevée. Son caractère vague, notamment dans la variante institutionnelle, laisse par ailleurs souvent insatisfait. Une fois encore il est manifestement préférable de se situer en dehors du débat, aussi vain que classique, qui oppose la réalité et la fiction.

795 La thèse de l'immanence de la personnalité morale conçue comme un mécanisme destiné à rendre opposable une organisation constituée dans un intérêt spécifique permet de concevoir l'existence de sociétés dont la capacité est immanente à la capacité des associés. La capacité de ces personnes morales leur est propre comme l'intérêt social leur est propre. Mais à l'instar de leur intérêt, leur capacité ne peut être séparée de manière stricte de celle de leurs membres. La capacité se rattache d'ailleurs de manière indirecte à l'intérêt. En effet l'aptitude à faire le commerce comme l'appartenance à une profession réglementée relèvent de l'aspect objectif de l'intérêt de la personne morale : l'activité. Elles ne sont pas dépendantes de la finalité de l'activité, qui peut être tant intéressée que purement altruiste²⁵⁴⁶. Il

2546 Dans la mesure où il s'agit ici de profession et de commerce, il est évident que la finalité sera en principe intéressée, mais il n'y a là aucune nécessité théorique.

s'agit donc de déterminer l'activité de la personne morale par référence aux facultés de ses membres. La qualité des parties apparaît en définitive comme un élément de l'activité de la personne morale. Il n'y a aucune transparence dans ces situations. La personnalité morale ne peut être considérée comme remise en cause lorsque l'on tient compte de l'un des éléments qui se trouvent à son fondement et qu'elle a pour fonction de promouvoir. Dire que la personnalité morale est fondée sur un intérêt, c'est nécessairement affirmer l'importance de l'activité dans sa constitution. Dire par ailleurs que l'intérêt de la personne morale est immanent aux intérêts individuels, c'est soutenir que l'activité de la personne morale ne peut être détachée de l'activité, effective ou seulement virtuelle, de ses membres. C'est l'activité, et non la personnalité morale elle-même, qui est concernée par les phénomènes ici étudiés.

796 Pourtant il existe des personnes morales pour lesquelles la capacité des membres n'a pas d'incidence. C'est le cas en particulier de la SA : un mineur peut être actionnaire d'une société anonyme²⁵⁴⁷. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 29 janvier 1998²⁵⁴⁸ a également reconnu qu'une société civile immobilière (SCI), dont l'associé majoritaire à 96% était un mineur, avait la capacité de contracter un emprunt sans autorisation du juge des tutelles. La Cour s'est prononcée en ce sens au motif que la SCI jouit d'une personnalité distincte de celles des associés : sa capacité à s'engager résulte tant de la loi que de son objet social, et ne dépend pas de la capacité de ses associés. Une telle décision impose de préciser la portée de la capacité immanente reconnue à la personnalité morale.

797 Face à cet arrêt plusieurs interprétations peuvent être envisagées. La première conduit à le considérer comme une illustration des théories traditionnelles de la personnalité morale. Une deuxième opinion justifie la décision par l'idée que les associés d'une SCI n'exercent pas une activité qui nécessite une capacité particulière : les associés n'exercent pas l'activité sociale dans ces sociétés. De plus ce n'est pas l'activité sociale qui nécessitait une capacité particulière mais un acte spécifique : le mineur a la capacité

2547 Voir Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration de A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 47.

2548 Versailles, 29 janvier 1998, B. Joly 1998, §254, note Ph. DELEBECQUE ; RS. 1998.438, note Y. GUYON ; JCP. 1999, II, 10014, note B. PETIT, S. ROUXEL ; D. 1998, Somm. 399, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; RTDCiv. 1999.67, obs. J. HAUSER. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation : Civ. I, 14 juin 2000, B. Joly 2000, § 272, note D. RANDOUX ; Banque et Droit n° 75, janvier-février 2001, p. 36, obs. M. STORCK, Q. URBAN, I. RIASSETO.

d'être associé même s'il n'a pas la capacité de passer tous les actes de la vie sociale ; inversement, la société a la capacité de passer tous les actes de la vie sociale même si ses associés ne l'ont pas individuellement. La troisième voie conduit à contester la décision en raison d'une conception rigide du principe de séparation. La capacité de la société ne peut être indépendante de celle de ses membres. Il ne devrait pas être possible à une société dont un associé est mineur de faire le commerce. Cependant ainsi exposée sans autres précisions, cette opinion apparaît manifestement contraire au droit positif qui admet que des mineurs soient associés de sociétés de commerce dès lors qu'il s'agit de société de capitaux²⁵⁴⁹. Il faut donc modérer la proposition. La quatrième voie est plus nuancée. Elle conduit à reconnaître qu'en principe la capacité de la société n'est pas liée à celles des associés, mais qu'en raison du contrôle (96%) de la société par un mineur la capacité sociale devait être réduite. Cependant le contrôle ne permet pas de remettre en cause de manière systématique le principe de séparation. De plus, que le mineur ait ou non le contrôle de la société, le danger pour lui est, à peu de chose près, le même. Cette solution nuancée n'est en définitive qu'une demi mesure qui ne satisferait personne.

798 La dernière position que l'on peut adopter conduit à distinguer selon que la capacité en cause est de jouissance ou d'exercice. La capacité de jouissance de la société²⁵⁵⁰ ne peut être reconnue qu'en fonction de celle des associés. Au contraire, la capacité d'exercice de la société est indépendante de celle de ses membres. La distinction se justifie par la gravité des incapacités de jouissance, d'une part, et le fait que l'existence d'une société a une influence sur les incapacités d'exercice, d'autre part. En effet, l'organisation sociale permet de protéger les intérêts des associés certainement aussi bien que les institutions du droit des incapacités. Il devient possible de soutenir que l'emprunt même devient permis à un mineur si le contrat est conclu par l'intermédiaire d'une société dont il est associé. Reste alors, une fois justifiée la solution adoptée par l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, à expliquer pourquoi l'incapacité d'exercer le commerce ne fait pas obstacle à la participation d'un mineur à une société anonyme. On retrouve ici la deuxième explication évoquée plus haut. La capacité des associés est

2549 Ph. MERLE, *ibid.*

2550 La capacité de jouissance recouvre ici l'exercice du commerce, auquel on peut assimiler l'exercice d'une profession réglementée.

indifférente dans les sociétés de capitaux car il existe une dissociation entre la qualité d'apporteur de capitaux et celle de dirigeant²⁵⁵¹. Les associés n'exercent pas eux-mêmes le commerce dans ces sociétés. Il n'est dès lors pas nécessaire d'exiger de leur chef une capacité qui n'est pas destinée à être mise en œuvre au service de la société. La réalité est complexe et il est impossible d'en rendre compte avec des principes rigides. Séparation et transparence se combinent dans une théorie juridique de la personnalité morale comme unité immanente, sans pour autant remettre en cause ni le concept, ni la cohérence de l'ensemble.

799 Si le décès d'un associé entraîne parfois la dissolution de la société²⁵⁵², l'explication n'est pas davantage à chercher dans une forme de transparence de la personnalité morale. Selon Madame Simonart cette règle est la conséquence de la survivance d'un élément contractuelle des sociétés de personnes, civiles aussi bien que commerciales²⁵⁵³. La personne morale disparaît non pas en raison de l'importance de la personne des membres pour l'existence de la personne morale, mais en raison de la disparition de l'organisation qu'elle a pour fonction de rendre opposable à tous. La personne morale disparaît car elle a perdu son support : l'organisation.

800 Aucun des phénomènes de transparence personnelle ne remet donc en cause la personnalité morale elle-même. Il s'agit parfois de règles qui ne découlent pas de la personnalité morale mais uniquement de l'organisation qu'elle a pour fonction de rendre opposable. C'est le cas en particulier de la responsabilité limitée ou illimitée. D'autres fois il s'agit d'une manifestation du lien qui existe nécessairement entre l'activité de la personne morale et celle de ses membres. L'idée d'une personnalité morale immanente, et non pas transcendante, aux individus est confirmée par ces analyses. Cette immanence trouve ici une double illustration à travers l'immanence de l'organisation et l'immanence de l'intérêt. Ce constat pourrait suffire pour convaincre de la possibilité d'une théorie juridique cohérente de la personnalité morale indépendante des doctrines de la fiction et de la

2551 Si un mineur non émancipé peut être actionnaire, il semble qu'il ne peut être administrateur. Voir Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration de A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 47 et n° 387 et la note 3, page 404 ; D. BUREAU, *Administration-conditions de nomination des administrateurs*, in *J.-Cl. Sociétés Traités*, Fasc. 130-20, n° 8.

2552 Article L. 221-15 du Code de commerce pour la SNC. Cette solution a été abandonnée en principe pour les sociétés civiles : article 1870 du Code civil.

2553 V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 501.

réalité. Cependant un exposé complet de la matière ne peut négliger les phénomènes de transparence qui ne touchent plus les personnes mais les biens, et que l'on qualifiera de transparence réelle.

§ 2 La transparence réelle

801 Il s'agit simplement ici d'identifier les situations dans lesquelles la prise en compte des biens remplace la prise en compte des personnes. La prise en considération de la composition immobilière du patrimoine de la personne morale a parfois été interprétée comme une forme de transparence de celle-ci. Plus souvent les mouvements de valeur sont parfois mesurés au sein des institutions personnifiées comme si elles n'avaient pas la personnalité morale. Il s'agit là de deux séries de problèmes qui relèvent de deux ensembles de matières différentes : la prise en compte du patrimoine de la personne morale relève des règles du droit civil et du droit commercial (I) ; la mesure des mouvements de valeurs relève quant à elle du droit fiscal (II). Mais ici encore les phénomènes de transparence recensés ne peuvent pas aboutir à une remise en cause de la personnalité morale. Ils s'intègrent au contraire dans une théorie juridique cohérente.

I La transparence réelle en droit civil et commercial

802 Le refus de prendre en compte la composition du patrimoine de la personne morale est le principe. La transparence réelle n'est cependant pas inconnue en droit français (A). Mais surtout il apparaîtra qu'elle ne remet pas en cause la personnalité morale des institutions dans lesquelles elle se manifeste (B).

A) Les manifestations de la transparence réelle

803 La prise en compte des biens sociaux pour déterminer la nature et/ou l'étendue des droits des membres d'une personne morale semble entrer en contradiction avec le principe de séparation étudié plus haut. Ces droits devraient être indépendants de la composition du patrimoine de la personne morale. De la même façon leur cession, lorsqu'elle est autorisée, ne devrait pas permettre une prise en considération de biens qui, strictement, ne sont pas cédés. Cependant que ce soit pour qualifier les droits des membres d'un groupement personnifié (1) ou pour déterminer le régime de leur cession (2), la séparation patrimoniale n'est jamais stricte.

1) *Le droit des associés sur le patrimoine social*

804 L'indépendance des droits sociaux et du patrimoine social est admise en principe. Cependant, comme cela a déjà été démontré à propos de la responsabilité limitée²⁵⁵⁴, les patrimoines ne font pas l'objet d'une séparation stricte. Les hypothèses dans lesquelles le droit semble ignorer la séparation des patrimoines peuvent apparaître comme une méconnaissance de la personnalité morale.

805 **La nature du droit d'associé.** Le droit de l'associé d'une société commerciale est un droit de nature mobilière²⁵⁵⁵. Aux termes de l'article 529 du Code civil les actions « dans des compagnies de finance, de commerce ou d'industrie » sont des meubles par détermination de la loi²⁵⁵⁶. Peu importe que le patrimoine social soit en réalité composé en grande partie, voire uniquement d'immeubles. Il s'agirait là d'un effet de la personnalité morale²⁵⁵⁷. Elle ferait écran entre le patrimoine des associés et celui de la société. Les associés ont fait un apport à la société, qui leur doit des dividendes dès lors que

2554 Voir ci-dessus, n° 879 sqq.

2555 Voir G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN et L. VOGEL, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1082.

2556 Voir Ch. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, t. I, *Cours de Code Napoléon*, Vol. 9, 4^{ème} éd., A. Durand et L. Hachette et C^{ie}, 1870, n° 413 sqq.

2557 Voir Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration de A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 92 ; G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN et L. VOGEL, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1011.

l'entreprise est bénéficiaire. L'action serait un droit de créance mobilier. Des théories plus élaborées ont tenté de rendre compte de la nature du droit d'associé. Monsieur Gastaud, notamment, soutient que le droit d'associé est un droit unique mais complexe qui s'intègre dans un système juridique spécial caractérisé par la substitution d'un régime de valeur à un régime de possession²⁵⁵⁸. Pour cet auteur, il existe un lien plus ou moins étroit entre le patrimoine de la personne morale et celui des membres²⁵⁵⁹. Ce qui expliquerait la spécificité des droits émis par certaines sociétés. La conception de Monsieur Gastaud ouvre la voie à une théorie de la transparence de la personnalité morale appliquée à la détermination de la nature des droits sociaux.

806 Les sociétés de construction et d'attribution. Ces idées trouvent à s'appliquer à ces sociétés originales que sont les sociétés de construction et d'attribution. On peut d'abord soutenir avec Monsieur Gastaud que le droit d'un associé d'une société immobilière de construction-attribution est plus proche du droit réel que du droit de créance²⁵⁶⁰. Selon Madame Jauffret-Spinosi, cette société est transparente car elle « n'est qu'un stade transitoire avant que ne soit réalisée la copropriété »²⁵⁶¹. Quelle est la signification attachée à ces affirmations, au regard de la théorie de la personnalité morale ? Les théories traditionnelles de la personnalité morale ne peuvent rendre compte de ces phénomènes de manière satisfaisante. Elles conçoivent la séparation des patrimoines comme un principe absolu. Elles ne peuvent donc expliquer la transparence réelle autrement que par l'idée de remise en cause de la personnalité morale. On pourrait soutenir que la personne morale n'existe pas dans ces hypothèses : les parts sociales dans ces sociétés seraient des droits réels immobiliers car les associés n'ont pas un droit sur le patrimoine social, mais sont propriétaires des biens sociaux²⁵⁶². Cette opinion négatrice de la

2558 J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. de J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. priv. n° 149, LGDJ 1977, n° 24 sqq.

2559 J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 45.

2560 J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 45, et n° 80 sq., sur la transparence des sociétés de construction.

2561 C. JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, JCP. 1967, I, 2065, n° 5. La matière a été réformée en 1971 et figure aujourd'hui aux articles L. 212-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation.

2562 TGI. Saint-Nazaire, 10 octobre 1961, JCP. N, II, 12555, qui a validé la vente d'un appartement au motif que la propriété des parts d'une société immobilière confère non pas un simple droit de créance mais un droit réel immobilier qui comporte le droit de vendre la fraction divise de l'immeuble représentée par lesdites parts.

personnalité morale ne peut être reçue aujourd'hui alors que la personnalité morale des sociétés en cause est clairement affirmée par la loi. Il reste possible, en revanche, de soutenir que ces sociétés ont une personnalité réduite qui n'absorbe pas celle des associés²⁵⁶³. Selon Monsieur Gastaud notamment, les sociétés d'attribution fournissent un exemple de l'influence de la finalité individualiste d'une institution sur le principe de personnification²⁵⁶⁴. La Cour de cassation a jugé que la présomption de communauté de l'article 1402 du Code civil (dans sa rédaction antérieure à 1965) est écartée, et que l'immeuble attribué après partage est propre lorsque l'époux attributaire était propriétaire des parts sociales avant le mariage²⁵⁶⁵. Pour Monsieur Malaurie, cette décision devait rester isolée ou conduire à un revirement quant à la nature mobilière des parts de société immobilières²⁵⁶⁶. En toute hypothèse, elle traduit une certaine prise en compte de la nature des biens sociaux dans la détermination du régime des titres²⁵⁶⁷.

807 Il est évident que la nature du droit d'associé n'est pas constante malgré la formule de l'article 529 du Code civil. Une nouvelle fois la séparation des patrimoines n'est pas aussi complète

2563 Voir Lyon, 8 juin 1971, JCP. 1973, II, 17314, note R. D., qui juge applicable la garantie d'éviction à une cession de parts d'une société immobilière au motif qu'il s'agit d'une véritable vente d'immeuble. Cette solution était condamnée cependant par la Cour de cassation : Civ. III, 15 mai 1970, RS. 1971.582, note J.-P. SORTAIS.

2564 J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 80.

2565 Civ. III, 18 juillet 1972, D. 1972.578, rapport R. FABRE. Voir également Ph. MALAURIE, *Les actions de société immobilières dans la communauté de meubles et acquêts*, D. 1972, Chr. 269. En sens contraire : Civ. III, 9 avril 1970, BC., III, n° 234 ; D. 1970.726 ; JCP. 1971, II, 16925, note M. PETOT-FONTAINE, qui affirme le caractère mobilier des parts d'une société immobilière pour écarter l'application des règles de la lésion.

2566 Ph. MALAURIE, article précité. Voir également Nancy, 5 avril 1979, JCP. N 1980, II, p. 200, qui recourt à la notion de subrogation pour justifier la qualification propre d'un immeuble attribué en représentation des parts d'une société immobilière d'attribution. Il est vrai cependant que la question ne se pose plus dans les mêmes termes depuis l'adoption du régime de la communauté d'acquêts comme régime légal : Civ. I, 3 juillet 1979, BC., I, n° 198. La nature mobilière ou immobilière est en principe indifférente pour l'application des règles de la communauté.

2567 J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 190. La loi elle-même invite l'interprète à appliquer les dispositions relatives à l'attribution préférentielle d'un local d'habitation ou à usage professionnel aux « droits sociaux donnant vocation à l'attribution de ce local en propriété ou en jouissance » (article 14 de la loi du 19 décembre 1961, D. 1962, L. 6). Il est intéressant de relever que selon le législateur, l'interprétation suffit pour atteindre ce résultat, alors qu'une disposition légale aurait pu être exigée pour instituer une forme de transparence de la société. Voir J.-P. SORTAIS, note sous Civ. III, 15 mai 1970, RS. 1971.582, qui soutient que la transparence n'est possible que si un texte le prévoit ou s'il existe une fraude. Si le droit d'associé peut parfois être considéré comme immobilier, cette proposition ne peut rester sans influence sur la loi applicable : la *lex rei sitae* pourrait en effet prétendre à s'appliquer. Ce qui permettrait de rendre sans intérêt les constitutions de sociétés dont le seul but est d'écarter la loi de situation de l'immeuble.

La transparence naturelle

que le laissaient à croire les théories classiques de la personnalité morale. L'absence de séparation stricte entre les patrimoines apparaît également, bien sûr de manière moins nette, lorsque l'on étudie la cession de droits sociaux.

2) La cession de droits sociaux

808 La cession de droits sociaux est une opération importante dans la vie des sociétés. Elle constitue une modification des membres de la société et par conséquent une modification d'un élément de l'organisation. La transparence apparaît naturelle dès lors que la cession d'un titre, fût-il isolé, conduit à prendre en compte des caractéristiques des biens sociaux. Les auteurs étudient d'ordinaire ces questions à propos de la cession de contrôle, ce qui est justifié dans une certaine mesure, car les arrêts commentés sont souvent intervenus en matière de cession de contrôle²⁵⁶⁸. Cependant l'impossibilité de réaliser l'objet social, qui permet, selon la jurisprudence, l'annulation d'une cession de droits sociaux pour erreur sur les qualités substantielles, n'est pas propre à la seule cession de contrôle²⁵⁶⁹. Elle peut atteindre toute cession de parts dans la mesure où elle rendrait illusoire l'intérêt du cessionnaire dans l'affaire. Si les biens sociaux ne peuvent permettre de réaliser efficacement l'objet social, l'intérêt qui fonde l'organisation et la personnalité morale est considérablement affaibli ; peut-être est-ce même la cause de la cession qui fait défaut²⁵⁷⁰. Il ne s'agit pas d'un phénomène de transparence accidentelle dans ce cas mais de transparence naturelle. Au soutien de cette opinion, on peut invoquer l'arrêt Saupiquet-Cassegrain, qui a affirmé la banalité de la cession de contrôle²⁵⁷¹. La proposition est réversible : si la cession de contrôle est une cession de titres ordinaires, alors une cession de titres ordinaire doit être soumise au même régime qu'une cession de contrôle. En pratique la question a essentiellement porté sur le consentement et les garanties fournies par le cédant²⁵⁷².

2568 Voir cependant G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN et L. VOGEL, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1089 sqq., qui étudient l'erreur dans la cession parts puis le régime particulier de la cession de contrôle. La question des garanties n'est cependant abordée qu'à propos de la cession de contrôle.

2569 Voir D. BUREAU, note sous Com., 12 décembre 1995 et Com., 17 octobre 1995, RS. 1996.55. Voir également M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE, obs. sous Com., 17 octobre 1995 et Com., 12 décembre 1995, RDBB. 1996.27 ; X. DIEUX, *Les garanties en matière de cession d'actions. Pour un retour au droit commun !*, in *Liber Amicorum. Commission Droit et vie des Affaires, 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Bruylant Bruxelles 1998, p. 487.

2570 Voir cependant T. MASSART, *Le régime de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, p. 187 sqq., qui écarte la nullité pour absence de cause. A défaut d'absence de cause, peut-être s'agit-il d'une erreur sur la cause.

2571 Com., 21 janvier 1970, BC., IV, n° 28 ; JCP. 1970, II, 16541, note B. OPPETIT ; RTDCom. 1970.738, obs. R. HOUIN.

2572 Sur la question de la protection de l'acquéreur dans le cadre d'une cession de contrôle : J. PAILLUSSEAU, J.-J. CAUSSAIN, H. LAZARSKI, Ph. PEYRAMAURE, *Cession d'entreprise*, 4^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 1712 sqq.

809 L'erreur en particulier peut-elle entraîner l'annulation de la cession ? Elle peut atteindre soit les prérogatives politiques (droit de vote), soit les prérogatives financières. Dans le premier cas, l'acquéreur pensera par exemple que le contrat porte sur des actions alors qu'il porte sur des titres sans droit de vote²⁵⁷³. Dans le second, il y aura erreur ou vice caché lorsque les parts ne pourront jamais produire de profit ou d'économie c'est-à-dire lorsque l'activité profitable ne peut définitivement plus être exercée. La jurisprudence a jugé de manière constante depuis plusieurs années que la cession portait uniquement sur les parts ou actions et non sur l'entreprise sociale²⁵⁷⁴. La nullité est admise quand l'erreur a porté sur une qualité substantielle convenue entre les parties²⁵⁷⁵.

810 De manière plus originale la jurisprudence a également admis que l'erreur, vice du consentement, pouvait résider dans l'impossibilité de réaliser l'objet social. Le 25 mai 1972, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi admis l'annulation pour erreur sur la cause déterminante de l'engagement, d'une cession de titres : la maternité exploitée par la société ne pouvait être agrandie en raison de restrictions contenues dans le règlement de copropriété²⁵⁷⁶. Le 1^{er} octobre 1991, la Chambre commerciale a jugé que pouvait être vicié le consentement des cessionnaires d'actions d'une SA dont le fonds de commerce avait été cédé sous une condition suspensive qui s'était réalisée²⁵⁷⁷. Elle a ainsi approuvé la Cour d'appel qui avait retenu que les cessionnaires « ne pouvaient raisonnablement acquérir en connaissance de cause une société privée non seulement de l'essentiel de son actif mais surtout de toute possibilité de réaliser l'objet social, d'avoir une activité économique et donc de toute

2573 Paris, 27 février 1969, D. 1969, Somm. 58, l'acquéreur pensait avoir acquis un immeuble et non seulement des parts d'une société de construction. Il s'agit d'un cas d'erreur-obstacle.

2574 Civ. I, 6 décembre 1994, BC., I, n° 365 ; RTDCiv. 1995.644, obs. P.-Y. GAUTIER. Voir G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN et L. VOGEL, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1089 ; T. MASSART, *Le régime de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, p. 190 sqq. et p. 203 sqq. sur le dol. En revanche l'absence d'aléa dans la cession n'est pas cause de nullité : T. MASSART, op. cit., p. 187 sqq., spéc. p. 190.

2575 Civ. III, 25 mai 1972, JCP. 1972, II, 17249, note J. GHESTIN.

2576 Civ. III, 25 mai 1972, précité. Il est vrai cependant qu'en l'espèce la qualité en cause avait fait l'objet d'un accord entre les parties.

2577 Com., 1^{er} octobre 1991, BC., IV, n° 277 ; D. 1992.190, note G. VIRASSAMY ; RTDCiv. 1992.80, obs. J. MESTRE ; RTDCom. 1992.186, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; RTDCom. 1992.199, obs. Y. REINHARD ; Def. 1992.578, note P. LE CANNU ; JCP. 1992, II, 21860, note A. VIANDIER ; B. Joly 1991, § 352, note C. ROCA ; RS. 1992.497, note P. DIDIER ; Dr. Soc. 1992, Comm. 13, H. LE NABASQUE.

rentabilité »²⁵⁷⁸. La Chambre commerciale a confirmé sa position le 17 octobre 1995, en rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait annulé une cession de parts sociales au motif que le principal actif immobilisé de la société faisait l'objet d'une action en résolution à la date de la cession²⁵⁷⁹. Le cessionnaire n'aurait pas traité s'il avait connu l'indisponibilité du matériel constituant l'essentiel de l'actif immobilisé de la société, sans lequel l'entreprise ne pouvait avoir aucune activité et à défaut duquel l'acquisition perdait toute sa substance : l'erreur portait bien sur une qualité substantielle des parts. La jurisprudence semble être fixée en ce sens. Selon Monsieur Bureau, « tout porte à croire que la Cour de cassation fait ici produire effet à une erreur sur les motifs », traditionnellement indifférente à la validité des conventions²⁵⁸⁰. En réalité, il est permis de soutenir qu'il s'agit d'une erreur sur la cause dans la mesure où les mobiles peuvent alors être intégrés dans la cause. En effet, l'inaptitude de l'objet à réaliser le but recherché est inhérente aux titres et non simplement personnelle à l'acquéreur²⁵⁸¹. Par la référence à la perte de la substance, on rejoint effectivement la théorie de la cause, qui permettrait de prononcer la nullité pour absence de cause²⁵⁸².

811 Le cessionnaire déçu peut également intenter une action en responsabilité contre le cédant²⁵⁸³. Mais cette action suppose une faute qu'il n'est pas toujours aisé d'établir²⁵⁸⁴. En pratique, elle consistera à ne pas avoir informé son cocontractant des vices qui atteignent les biens sociaux. On pense alors au dol et notamment au dol par réticence, qui permet de faire peser une obligation d'information sur le cédant de parts sociales²⁵⁸⁵. L'obligation du cédant devient alors comparable à celle du cédant de fonds de commerce²⁵⁸⁶.

2578 On peut relever qu'il s'agissait d'une véritable impossibilité de réaliser l'objet social et non d'une grande difficulté. En ce sens G. VIRASSAMY, note sous Com., 1^{er} octobre 1991, D. 1992.190 ; D. BUREAU, note sous Com., 17 octobre 1995, RS. 1996.55.

2579 Com., 17 octobre 1995, RS. 1996.55, note D. BUREAU ; B. Joly 1996, § 6, note M. JEANTIN ; D. 1996.167, note J. PAILLUSSEAU ; Dr. Soc. 1996, Comm. 2, note Th. BONNEAU ; RDBB. 1996.27, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE. Voir également Com., 7 février 1995, D. 1996.50, note R. BLASSELLE.

2580 D. BUREAU, note précitée.

2581 En ce sens J. GHESTIN, note sous Civ. III, 25 mai 1972, JCP. 1972, II, 17249.

2582 Voir J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Bibl. dr. priv. n° 311, LGDJ 1999, n° 338 et n° 571.

2583 Com., 3 avril 1979, RS. 1980.723, note E. DU PONTAVICE.

2584 En ce sens Y. GUYON, note sous Com., 23 janvier 1990, RS. 1990.248.

2585 En ce sens D. DANET, *Cession de droits sociaux : information préalable ou garantie des vices ?*, RTDCom. 1992.315.

2586 Voir D. BUREAU, note note précitée, qui s'interroge sur la légitimité de permettre l'application des dispositions favorables de la cession de fonds de

812 La cession à titre onéreux de titres sociaux est une forme de vente²⁵⁸⁷. Elle emporte par conséquent application des garanties prévues au profit de l'acquéreur et notamment celle des vices cachés. Celle-ci garantit en principe l'usage des titres et non celui des biens sociaux. Elle garantit que les titres sont conformes à leur destination normale. La question qui se pose ici est de savoir si la position adoptée en matière d'erreur mérite d'être transposée à la garantie des vices cachés. La jurisprudence ne fournit pas encore de directives claires en la matière. La jurisprudence a dans un premier temps affirmé que le vice devait affecter directement la chose. Or les titres ne sont pas affectés directement, notamment par un redressement fiscal, seule leur valeur est réduite²⁵⁸⁸. Dans un deuxième temps elle avait laissé penser qu'une transposition de la jurisprudence dégagée en matière d'erreur était possible si l'exercice de l'activité sociale était impossible²⁵⁸⁹. Elle semble en définitive confirmer sa position originelle dans un arrêt du 4 juin 1996²⁵⁹⁰. Une telle solution paraît aux commentateurs respectueuse de la personnalité morale de la société²⁵⁹¹.

commerce, alors que les parties ont précisément entendu ne pas conclure un tel contrat.

2587 Le régime des garanties cependant est spécifique. La jurisprudence récente se prononce sur le fondement des articles 1626 et 1641 du Code civil, tirés du droit commun de la vente et non des articles 1693 et 1694 du Code civil, qui régissent la garantie due par le cédant d'une créance. Voir C. RÉMOND BIED, C. VERCHEYRE GRARD, *Cession de droits sociaux : la nouvelle jurisprudence favorable au cessionnaire déçu*, RJDA. 1996.831 ; Fr. MAGNIN, *Le point sur la garantie due par le cédant de parts de sociétés immobilières de construction-attribution*, RDI. 1982.474 ; Y. GUYON, *La situation des associés dans les sociétés de construction*, JCP. 1962, I, 1735.

2588 Com., 23 janvier 1990, BC., IV, n° 23 ; RS. 1990.248, note Y. GUYON ; B. Joly 1990, § 115, note M. JEANTIN ; RTDCom. 1990.591, n° 2, obs. Y. REINHARD ; D. 1991.333, note G. VIRASSAMY ; Def. 1991, article 35041, n° 3, obs. J. HONORAT.

2589 Com., 12 décembre 1995, RS. 1996.55, note D. BUREAU ; B. Joly 1996, § 65, note A. COURET ; RTDCom. 1996.294, obs. B. PETIT, Y. REINHARD ; D. 1996.277, note J. PAILLUSSEAU ; JCP. E 1996, II, 798, note Y. GUYON ; JCP. 1996, I, 3916, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, n° 5 ; Dr. Soc. 1996, Comm. 54, obs. Th BONNEAU. La solution est tirée d'une interprétation *a contrario* de l'arrêt.

2590 Com., 4 juin 1996, B. Joly 1996, § 334, note A. COURET ; RTDCom. 1996.680, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET, et 1997.111, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; JCP. 1996, I, 3980, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, n° 3 Dr. Soc. 1996, Comm. 154. Voir cependant Versailles, 8 octobre 1998, RTDCom. 1999.893, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET, qui déboute le cessionnaire qui s'était fondé sur la garantie des vices cachés pour dépassement du bref délai. Selon certains auteurs cependant, il n'y a aucune contradiction entre ces trois décisions : C. RÉMOND BIED, C. VERCHEYRE GRARD, *Cession de droits sociaux : la nouvelle jurisprudence favorable au cessionnaire déçu*, RJDA. 1996.831, qui soutiennent que l'action en garantie des vices cachés est possible lorsque la société ne peut avoir aucune activité.

2591 En ce sens Y. GUYON, note sous Com., 23 janvier 1990, RS. 1990.248, qui juge cette solution préférable à une levée du voile social, car elle assure davantage de

813 Dans le prolongement de ces questions, on doit aborder la question de la garantie contre l'éviction, bien qu'elle ne constitue pas strictement une hypothèse de transparence réelle. Le cédant est-il tenu d'une garantie d'éviction du fait personnel, c'est-à-dire d'une obligation de non-concurrence, envers son cessionnaire ? La Cour de cassation l'admet de manière constante depuis plusieurs années²⁵⁹². Certains auteurs relèvent que cette jurisprudence ne se heurte pas aux mêmes objections qu'en matière de garantie des vices cachés. En effet, il n'est pas nécessaire que le trouble atteigne le droit cédé lui-même ; il suffit que l'acquéreur soit privé de l'avantage que doit lui procurer la chose²⁵⁹³. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire Ducros, la Cour de cassation a affirmé que l'obligation de non-concurrence s'impose même en l'absence de disposition contractuelle. Elle ajoutait cependant qu'elle n'entraîne, pour le cédant, l'interdiction de se rétablir que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs « de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social ». Le rejet de l'action était justifié en l'espèce par le fait que l'activité de l'entreprise n'était pas compromise par le rétablissement des cédants. On peut observer que cette solution est plus stricte que ce qu'implique en principe l'application du droit commun. La garantie légale est accordée en principe contre toute éviction de l'acquéreur, contre tous les troubles de jouissance même minime. Cette décision n'a cependant pas été unanimement approuvée. Selon Monsieur Serra, il serait préférable de recourir à la théorie de la concurrence déloyale, plus respectueuse de la liberté du cédant²⁵⁹⁴. Selon Monsieur Massart, le cédant, qui savait qu'il allait se réinstaller, a dissimulé « une information déterminante quant à

sécurité.

2592 Req., 12 janvier 1942, JCP. 1942, II, 1913, note D. BASTIAN ; Com., 12 décembre 1972, RS. 1973.306, note B. OPPETIT ; Com., 21 janvier 1997, affaire Ducros, BC., IV, n° 25 ; B. Joly 1997, § 177, note P. PIGASSOU ; JCP. 1997 E, II, 936, note Y. GUYON, pour qui il s'agit d'un arrêt d'espèce ; RTDCom. 1997.277, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET, et 1997.469, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; D. 1997, Somm. 393, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; RDBB 1997.69, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; Th. BONNEAU, *Garantie d'éviction du fait du cédant et exécution de bonne foi de la cession de contrôle*, Dr. Soc. 1997, Chr. 5 ; Com., 26 mars 1985, D. 1985, IR. 480, obs. Y. SERRA. Voir également T. MASSART, *Le régime de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, p. 176 sqq. ; Nîmes, 1^{er} juillet 1933, DP. 1934.2.49, note M. FRÉJAVILLE ; S. 1934.2.129, note G. LAGARDE.

2593 Voir en ce sens : B. PETIT et Y. REINHARD obs. sur Com., 21 janvier 1997, RTDCom. 1997.469.

2594 Y. SERRA, obs. sur Com., 26 mars 1985, D. 1985, IR. 480.

l'évaluation des droits sociaux cédés »²⁵⁹⁵. Pourtant cette décision adopte une position nuancée qui garantit l'efficacité de la cession²⁵⁹⁶.

814 Le cas particulier des sociétés de construction peut enfin être relevé²⁵⁹⁷. Les juges du fond ont parfois admis l'application des garanties issues de la vente en présence d'une cession de parts. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, notamment, a jugé recevable l'action en garantie des vices cachés²⁵⁹⁸. Cependant la jurisprudence postérieure est revenue sur ces solutions²⁵⁹⁹. En particulier, elle a jugé irrecevable la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes au motif que la cession porte sur un meuble et non sur un immeuble²⁶⁰⁰. En revanche, l'obligation de délivrance doit être respectée²⁶⁰¹.

815 Dans le cadre des théories traditionnelles de la personnalité morale, la jurisprudence dégagée en matière d'erreur et de garantie contre l'éviction semble révéler un infléchissement de la personnalité morale de la société²⁶⁰². Elle conduit en effet à prendre en

2595 T. MASSART, *Le régime de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, p. 182. Le cédant a méconnu une obligation d'information : il était seul à avoir connaissance de l'information, qu'il aurait dû en conséquence communiquer spontanément au cessionnaire.

2596 Voir CJCE., 11 juillet 1985, Remia, Rec. p. 2545, qui reconnaît la validité des clauses de non-concurrence insérées dans des contrats de cession d'entreprise, dès lors qu'elles assurent exclusivement la possibilité et l'efficacité de la cession.

2597 Ces sociétés sont régies par les articles L. 212-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation.

2598 Paris, 29 avril 1967, D. 1967, Somm. 102 ; JCP. 1967, II, 15122, conclusions FORTIER, qui applique la garantie des vices cachés.

2599 Civ. III, 9 avril 1970, BC., III, n° 234 ; D. 1970.726 ; JCP. 1971, II, 16925, note M. PETOT-FONTAINE.

2600 Civ. III, 9 avril 1970, précité. Voir également P. WALLET, *Sociétés de construction-attribution. Aspects juridiques et fiscaux*, Joly 1997, n° 279 sqq. Il est vrai cependant que la protection de l'acquéreur de parts de sociétés de construction-attribution est davantage assurée par l'obligation de contracter un contrat de promotion immobilière (imposée par l'article L. 212-10 du Code de la construction et de l'habitation), que par le droit de la vente.

2601 Civ. III, 26 février 1985, GP. 1985.2.243, note Ph. JESTAZ. On peut remarquer avec Monsieur Jestaz que le défaut de conformité peut être sanctionné alors que la garantie des vices cachés n'est pas due.

2602 D. BUREAU, note sous Com., 17 octobre 1995, RS. 1996.55. Voir également P. LE CANNU, note sous Com., 1^{er} octobre 1991 Def. 1992.578, qui voit dans la solution de la Cour de cassation, une exception au principe d'autonomie de la personnalité morale. Comparer avec A. VIANDIER, note sous Com., 1^{er} octobre 1991, JCP. 1992, II, 21860, selon qui la solution de la Cour de cassation n'est pas une consécration de la transparence et ne remet pas en cause l'assimilation de la cession de contrôle à une simple cession d'actions ; T. MASSART, *Le régime de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, p. 181 et p. 201 sq., qui relève une faille dans la théorie de la personnalité morale ; Fr. MAGNIN, *Le point sur la garantie due par le cédant de parts de sociétés immobilières de construction-attribution*, RDI. 1982.474, qui analyse la théorie de la transparence sans la retenir. Voir en sens contraire : M. JEANTIN note sous Com., 12 décembre 1995, B. Joly 1996, § 6, selon qui la décision est fondée sur le droit des obligations et non sur une négation de la personnalité

considération des biens qui ne sont pas cédés au sens strict lors de la cession de titres. Dans la doctrine traditionnelle, cette appréhension des biens sociaux n'est possible que si l'on fait abstraction de la personnalité de la société. La transparence de la personnalité morale se trouve parfois nettement exprimée. Ainsi dans les conclusions de l'avocat général Fortier peut-on trouver l'idée qu'il ne faut pas faire trop grand cas de la personnalité morale. Le magistrat invoque expressément la théorie de la transparence fiscale des sociétés de construction²⁶⁰³. Monsieur Continho de Abreu a également formulé très nettement une théorie remettant en cause la personnalité morale à propos de la cession de titres²⁶⁰⁴. L'idée de transparence se trouve enfin dans des études relatives aux clauses de garantie. Ainsi selon Monsieur Paulus, le but des garanties de passif « consiste principalement à recréer la transparence que l'écran de la personnalité morale avait opacifié »²⁶⁰⁵. Les garanties de passif ont la même fonction que les règles prétoriennes que l'on rencontre parfois en jurisprudence. Elles sont destinées à avoir une efficacité accrue, mais l'idée reste la même²⁶⁰⁶.

morale. Voir également B. PETIT, Y. REINHARD, obs. sous Com., 12 décembre 1995, RTDCom. 1996.294. Voir également le pourvoi dans l'affaire tranchée par Com., 3 avril 1979, RS. 1980.723, note E. DU PONTAVICE.

2603 FORTIER, conclusions sur Paris, 29 avril 1967, JCP. 1967, II, 15122, le magistrat ajoute : « le voilà le réalisme de la Cour de cassation... elle sait parfaitement ne pas forcer les effets de la fiction de la personne morale, mais en écarter très opportunément l'intervention quand il s'agit de se rendre à l'équité ». On relèvera la référence à l'idée de fiction.

2604 J. M. CONTINHO DE ABREU, *Personnalité morale, subjectivité juridique et entreprise*, RIDEco. 1996.171.

2605 A. PAULUS, obs. sous Com., 16 juin 1970, *Grands arrêts du droit des affaires*, sous la direction de J. MESTRE, E. PUTMAN, D. VIDAL, Dalloz 1995, n° 47.

2606 Sur les garanties conventionnelles : J. PAILLUSSEAU, J.-J. CAUSSAIN, H. LAZARSKI, Ph. PEYRAMAURE, *Cession d'entreprise*, 4^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 1724 sqq.

B) La justification de la transparence réelle

816 Ce bref recensement des hypothèses de transparence réelle en droit civil et commercial fournit l'occasion de préciser la nature du phénomène. En effet si le principe de la séparation des patrimoines s'impose d'ordinaire, la prise en compte de la composition des biens sociaux ne peut être qu'exceptionnelle et donc résulter d'accidents de la vie des personnes morales. Cette présentation n'est cependant pas tout à fait exacte. La transparence apparaît justifiée par la prise en compte de l'activité et/ou de la finalité de la personne morale. Ce qui n'implique pas une remise en cause de celle-ci. Une juste compréhension de la personnalité morale et des enjeux pratiques permettra de préciser l'extension des solutions du droit positif.

817 **La transparence réelle justifiée par la prise en compte de l'activité.** Dans certaines circonstances, ce n'est pas la composition même du patrimoine qui est prise en considération mais son influence sur la réalisation de l'activité sociale. Les cessions de parts fournissent un exemple particulièrement net. La référence à l'impossibilité d'exercer l'activité sociale se trouve dans plusieurs courants de la jurisprudence. Elle est non seulement une cause de dissolution de la société mais aussi de mise en jeu de la garantie, voire d'annulation de la cession. Ce n'est pas la dissolution de la société cependant qui implique les autres solutions. En effet il n'est pas interdit de céder les titres d'une société dissoute, en cours de liquidation. La cause de la sanction doit être trouvée ailleurs. Elle se trouve dans la conception de l'intérêt retenue ici. Dans la mesure où il est impossible d'exercer l'activité prévue aux statuts, l'acquéreur n'a guère d'intérêt à la cession. La société ne peut plus réaliser son objet, ni satisfaire l'intérêt dans lequel elle a été constituée. C'est pour cela également que l'on peut faire référence à la notion de cause afin de contester la validité de la cession. Il y a une erreur sur la cause, voire absence de cause. Le jeu des garanties traduit la même idée au stade de l'exécution de la convention. Cette proposition rejoint les positions développées récemment par Monsieur Paillusseau. Selon cet auteur, personnalité morale et activité sont indissociables²⁶⁰⁷. L'alternative entre prise en compte de l'activité et prise en compte de la personnalité morale est fautive dans cette perspective comme dans celle que l'on a développée jusqu'ici.

2607 J. PAILLUSSEAU, note sous Com., 12 décembre 1995, D. 1996.277, qui semble cependant limiter son propos aux seules cessions de contrôle. Voir du même auteur : *Le droit moderne de la personnalité morale*, RTDCiv. 1993.705.

818 L'activité de la personne morale est toujours une activité finalisée. Il n'est pas souhaitable de séparer strictement (et sans artifice) l'activité et sa finalité qui sont liées pour la détermination de l'intérêt de la personne morale.

819 **La transparence réelle justifiée par la prise en compte de la finalité.** Dans certaines circonstances, ce n'est pas la composition du patrimoine sociale qui est prise en compte mais principalement la finalité même de la personne morale. La nature des droits sociaux illustre ce phénomène de transparence.

820 La nature du droit d'associé dans les sociétés de construction et d'attribution est apparue ambiguë. Cela s'explique par la finalité de ce type de société. Elle est par essence de permettre aux membres d'acquérir, à terme, la propriété d'un bien immobilier et, dans l'immédiat, de jouir du bien. Le patrimoine de ces sociétés contient ou contiendra nécessairement un immeuble dont il faudra répartir la jouissance et la propriété entre les associés. Cet immeuble est l'élément essentiel du patrimoine social. Outre quelques liquidités, il sera en principe le bien le plus important de la société. Il n'y a alors aucun obstacle à considérer les droits d'associés comme immeubles dès l'origine de la société. On ne retrouve pas ici les incertitudes dans la composition du patrimoine qui justifiaient la solution de facilité de l'article 529 du Code civil. En effet, en 1804, le choix de la qualification de biens mobiliers pour les titres de sociétés de commerce se justifiait par la composition variable du patrimoine social. S'il avait fallu laisser dépendre la nature des droits sociaux des biens possédés par la société, la plus grande incertitude aurait régné : pendant un temps, les immeubles peuvent être prépondérants alors qu'à une autre époque les meubles formeront l'essentiel du patrimoine social. La qualification serait par ailleurs variable d'une société à l'autre. Une telle variabilité, génératrice d'insécurité, ne saurait être satisfaisante pour le commerce. Aucun inconvénient de ce genre ne se retrouve dans la société de construction-attribution, dans la mesure où la composition du patrimoine de ces sociétés est identique d'une société à l'autre, et dans le temps au sein de la même société. Il est ainsi tout à fait naturel que ces sociétés dont l'objet est immobilier, et la finalité individuelle, connaissent un inflexionnement du principe.

821 Cela ne signifie pas pour autant que les biens sociaux restent ou redeviennent la propriété des associés mais seulement que la

nature des droits sociaux dépend de la finalité de la personne morale²⁶⁰⁸. Il est douteux en toute hypothèse que cette observation conduise à voir dans la personnalité morale une institution variable. La société de construction est propriétaire de l'immeuble. En particulier elle peut consentir une hypothèque sur le bien²⁶⁰⁹.

822 **Respect du concept de personnalité morale.** Il n'y a aucune méconnaissance de la personnalité morale, ni aucune violation du principe de séparation, dans ces phénomènes de transparence réelle. L'idée de remise en cause de la personnalité morale par la reconnaissance de la transparence apparaît critiquable par le lien qu'elle entretient avec la théorie de la variabilité. Si la théorie de la variabilité est rejetée, il est impossible de retenir celle de la remise en cause de la personnalité morale. En effet, toutes les personnes morales ne présentent pas le même degré de transparence : si l'on soutient que la transparence atteint la personnalité des institutions concernées, il faut nécessairement admettre que c'est la personnalité elle-même qui varie d'une forme à l'autre. Cette conception de la personnalité morale a été critiquée car elle compromet toute théorie juridique cohérente. D'une part, elle interdit toute systématisation efficace de la personnalité morale à partir du droit positif : celui-ci apparaît comme incohérent et modelé sans raison par un législateur arbitraire. D'autre part, la variabilité est apparue comme ne touchant pas les éléments essentiels de la personnalité morale mais uniquement sa capacité.

823 Il semble contestable que la personnalité morale soit atteinte par la reconnaissance de phénomènes de transparence dans la mesure où ceux-ci ne sont pas en contradiction avec le principe de séparation des personnes et des patrimoines. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a ainsi pu affirmer simultanément que « le principe de la personnalité morale » s'opposait à la reconnaissance à l'associé d'un droit de propriété sur les biens sociaux, et la possibilité d'une mise en œuvre de la garantie contre l'éviction en cas d'impossibilité de poursuivre l'activité sociale ou la réalisation de l'objet social²⁶¹⁰. Il faut en effet bien comprendre ce qui signifie le principe de séparation des personnes et des patrimoines dans le droit des personnes morales. Il n'interdit pas la prise en compte de la nature et de l'importance des biens sociaux. Il conduit uniquement à affirmer, et c'est déjà

2608 Sur ce point, on se rapproche en définitive de l'opinion de Monsieur Gastaud. Voir J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 48 sqq. et n° 188 sqq.

2609 Civ. III, 13 novembre 1973, BC., III, n° 575.

2610 Paris, 28 juin 1999, B. Joly 1999, § 273, note J.-J. DAIGRE.

considérable, qu'il existe un ensemble de biens dont la personne morale est propriétaire et dont ses créanciers peuvent seuls faire leur gage. Il n'impose pas l'opacité. La personnalité morale rend opposable une organisation constituée afin d'assurer la promotion d'un intérêt spécifique. Autour de cet intérêt s'agrègent des biens qui forment le patrimoine social, gage des créanciers de la personne morale. Si l'on admet que l'intérêt est le lien entre l'activité (aspect objectif) et la finalité (aspect subjectif) de l'organisation, alors il est impossible d'occulter ces éléments fondateurs de l'organisation personnifiée²⁶¹¹. C'est pour cette raison que les phénomènes de transparence apparaissent justifiés par la prise en compte de l'activité de la personne morale et/ou par sa finalité.

824 Se trouve ainsi justifiée *a posteriori* l'étude de la question des actions du cessionnaire déçu parmi les phénomènes de transparence naturelle. En effet, si ces actions devaient apparaître comme des exceptions à la personnalité morale, alors il serait normal de rattacher la question à la notion de contrôle et plus particulièrement à celle de cession de contrôle. Mais si la personnalité morale n'est pas remise en cause, il est indifférent que la cession porte sur un titre ou sur un bloc de contrôle. Il s'agit toujours d'une cession de parts et non d'une cession d'actif. On considère les qualités des parts et non directement celles des actifs²⁶¹². Ces précisions permettent de définir plus précisément l'extension des solutions à apporter à quelques-unes des questions abordées ici.

825 Extension des solutions : la garantie des vices cachés. Dans quelle mesure la garantie des vices cachés mérite-t-elle d'être accordée au cessionnaire de parts sociales ? Un ouvrage dédié à la pratique présente la jurisprudence comme hésitante²⁶¹³. L'incohérence risque même de l'emporter. Comment justifier en effet que les éléments pris en compte pour annuler une cession sur le fondement de l'erreur deviennent indifférents lorsque la demande est fondée sur la garantie des vices cachés²⁶¹⁴ ? Il est difficile de ne pas admettre l'action fondée sur la garantie des vices cachés alors que l'on admet celle fondée sur l'erreur, dans la mesure où il est difficile aujourd'hui,

2611 Voir également J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 90 sqq., qui soutient, dans le cadre de sa théorie de la variabilité, que le rapport finalité/objet fournit un critère de variabilité des effets de la personnalité morale.

2612 Voir R. BLASSELLE, note sous Com., 7 février 1995, D. 1996.50.

2613 J. PAILLUSSEAU, J.-J. CAUSSAIN, H. LAZARSKI, Ph. PEYRAMAURE, *Cession d'entreprise*, 4^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 1721.

2614 Voir J. PAILLUSSEAU, J.-J. CAUSSAIN, H. LAZARSKI, Ph. PEYRAMAURE, *op. cit.*, n° 1721.

au regard de la jurisprudence, de distinguer clairement entre les deux. Le cessionnaire déçu sera bien avisé de fonder son action sur l'erreur vice du consentement plutôt que sur la garantie des vices cachés. Cependant si la jurisprudence devait confirmer le caractère exclusif de l'action en garantie des vices cachés²⁶¹⁵, cette solution transposée aux cessions de droits sociaux aurait pour effet de fermer toute action au cessionnaire, ce qui n'est guère concevable.

826 Si l'on admet les recours du cessionnaire déçu, sans doute faut-il être tout de même exigeant. Il convient de s'assurer qu'il ne cherche pas à obtenir une révision du prix à la suite d'une pure erreur sur la valeur des titres²⁶¹⁶. Ainsi l'existence d'un passif non révélé ne devrait pas ouvrir droit à garantie, à moins que le règlement des dettes sociales ait provoqué la faillite. Dans ce dernier cas l'activité elle-même est compromise et la garantie des vices cachés semble applicable. Il est permis de penser au contraire que la nature et la qualité des biens sociaux ne devraient pas être négligées : il devrait au contraire être présumé que les parties ont entendu les faire entrer dans le champ contractuel²⁶¹⁷, que la cession porte sur des titres isolés ou sur un bloc de contrôle²⁶¹⁸. La jurisprudence actuelle ne semble d'ailleurs pas interdire une telle interprétation²⁶¹⁹. En effet les arrêts les plus sévères pour le cessionnaire sont intervenus alors que celui-ci invoquait l'existence d'un passif non révélé lors de la cession. Au contraire l'arrêt de 1995, qui avait marqué une ouverture de la jurisprudence, tranchait une espèce dans laquelle il n'y avait aucune erreur sur la valeur. L'action en garantie était cependant mal fondée en raison de la possibilité de poursuivre l'activité sociale. Il reste donc de la place en jurisprudence pour une troisième voie : l'impossibilité totale d'exercer l'activité sociale sans erreur sur la valeur²⁶²⁰. Dans cette hypothèse, la garantie des vices cachés devrait être applicable.

2615 Voir les arrêts récents en la matière : Civ. I, 7 juin 2000, C.C.C. 2000, Comm. 159, note L. LEVENEUR ; H. CAPITANT, Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^{ème} éd., t. 2, Dalloz 2000, n° 254, qui tend à faire de l'action en garantie des vices cachés le fondement unique de l'action ; Civ. III, 29 novembre 2000, C.C.C. 2000, Comm. 41, note L. LEVENEUR, qui admet au contraire l'action en nullité pour une erreur provoquée par une réticence dolosive du vendeur.

2616 Voir T. MASSART, *Le régime de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, p. 199.

2617 En ce sens X. DIEUX, *Les garanties en matière de cession d'actions. Pour un retour au droit commun !*, in *Liber Amicorum. Commission Droit et vie des Affaires, 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Bruylant Bruxelles 1998, p. 487.

2618 En sens contraire C. RÉMOND BIED, C. VERHEYRE GRARD, *Cession de droits sociaux : la nouvelle jurisprudence favorable au cessionnaire déçu*, RJDA. 1996.831 ; R. BLASSELLE, note sous Com., 7 février 1995, D. 1996.50.

2619 En ce sens : C. RÉMOND BIED, C. VERHEYRE GRARD, article précité.

827 Il peut sembler par ailleurs que refuser toute prise en compte de la valeur dans la cession des droits sociaux revient à négliger un aspect essentiel de leur nature qui est de substituer un système fondé sur la valeur à un système fondé sur la possession²⁶²¹. Dans quelle mesure une erreur sur la valeur n'est-elle pas alors une erreur sur la substance ? Que l'on adopte une technique d'évaluation fondée sur l'actif net ou sur la capacité à générer des profits, le lien entre la valeur des titres, la composition du patrimoine social et la substance des titres est indéniable²⁶²². A terme, l'associé se verra attribuer une part du patrimoine de la société ; dans l'immédiat, il a vocation à en tirer les fruits²⁶²³. L'incapacité à générer des bénéfices peut légitimement apparaître comme un vice caché des titres sociaux.

828 Extension des solutions : les sociétés de construction-attribution. L'exclusion des garanties issues de la vente d'immeuble se justifie, en matière de cession de parts de sociétés de construction-attribution, dans la mesure où l'immeuble reste la propriété de la société. Cependant la proposition mérite d'être nuancée à deux égards. D'une part, le caractère mobilier du titre est moins marqué dans ces sociétés que dans les sociétés de commerce. D'autre part, l'exclusion des garanties issues de la vente immobilière ne signifie pas qu'aucune garantie n'est due. En effet la garantie porte sur les parts, dont la substance, l'utilité ou la jouissance est déterminée par référence aux biens sociaux. C'est donc bien un vice caché *des titres* ou une erreur sur la substance *des titres* que cherche à faire sanctionner l'acquéreur malheureux. Si la garantie n'est pas celle attachée à la vente d'immeuble, elle peut être en revanche celle découlant du droit commun de la vente. L'ensemble des solutions dégagées plus haut devrait s'appliquer sans difficulté aux sociétés de construction-attribution.

829 Extension des solutions : l'obligation de non concurrence. La garantie d'éviction fait peser sur le cessionnaire de

2620 Il convient en effet d'être aussi exigeant quant à l'impossibilité d'exercer l'activité : P. DIDIER note sous Com., 1^{er} octobre 1991, RS. 1992.497 ; T. MASSART, thèse précitée, p. 198 sq. On ne peut admettre de remise en cause de la cession lorsque l'exercice de l'activité sociale devient seulement plus coûteuse et moins rentable.

2621 Voir J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 3 sqq.

2622 Sur la dualité des techniques d'évaluation : D. DANET, *Cession de droits sociaux : information préalable ou garantie des vices ?*, RTDCom. 1992.315.

2623 Voir Ed. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd., Rousseau 1904, n° 274 sqq., et sa théorie de la personnalité morale interne fondée sur l'idée d'un démembrement de la propriété.

titres sociaux une obligation de non concurrence, même en l'absence de clause expresse dans l'acte. Inversement, l'exercice d'une activité au moyen d'une société peut-elle constituer une violation de l'obligation de non-concurrence assumée par le cédant d'un fonds de commerce ou de parts sociales ? Autrement dit, existe-t-il une forme de transparence justifiée par l'activité qui interdit la concurrence par l'intermédiaire d'une personne morale ? Admettre cette proposition conduit-elle à remettre en cause la personnalité morale de la société ? La théorie de la concurrence déloyale peut bien sur être retenue dans ce cas. La Cour de cassation a admis ainsi la concurrence déloyale d'un salarié devenu coopérateur dans une société coopérative²⁶²⁴. Elle présente l'avantage de ne pas mettre en cause le concept de la personnalité morale : elle permet la sanction sans qu'il soit nécessaire de prendre partie en faveur d'une théorie de la personnalité morale. Elle est par ailleurs respectueuse de la liberté d'entreprendre. Cependant la théorie de la concurrence déloyale est sans doute trop étroite. Peut-on sanctionner une concurrence loyale et non interdite par une clause de l'acte de cession lorsqu'elle est exercée par l'intermédiaire d'une société non fictive, ni frauduleuse ?

830 Cette question mérite à l'évidence d'être rattachée à celle de la transparence naturelle dans la mesure où elle concerne l'activité. Elle se pose indépendamment de la fraude éventuelle du cessionnaire. La jurisprudence adopte une position objective sur ce point. Elle admet que la garantie contre l'éviction implique pour le cédant de parts, comme pour le cessionnaire d'un fond de commerce, l'interdiction de priver le cessionnaire de la clientèle, fut-ce au moyen d'une société²⁶²⁵. La prise en compte de l'activité est un élément objectif qui permet de fonder cette solution. Le cédant ne peut exercer une activité concurrente de celle qui constitue l'objet social au motif qu'une telle concurrence priverait la cession d'intérêt. La raison se retrouve de la même façon dans la situation où le cédant poursuit son intérêt, exerce son activité au sein d'une société. Le risque auquel est exposé le cessionnaire est le même. Il n'y a donc aucune raison de trancher le problème différemment²⁶²⁶. On peut ajouter que la finalité de la personne morale constituée par le cédant pourra parfois

2624 Com., 16 février 1976, BC., IV, n° 49.

2625 Com., 16 janvier 2001, C.C.C. 2001, Comm. 71, note L LEVENEUR.

2626 Voir J. M. CONTINHO DE ABREU, *Personnalité morale, subjectivité juridique et entreprise*, RIDÉco. 1996.171, en faveur d'une obligation de non-concurrence implicite dans les cessions de parts sociales. L'auteur se fonde cependant sur l'idée d'exception au principe de séparation des patrimoines contestée ici.

influencer les magistrats. En effet, si l'activité est exercée par une autre personne à but lucratif, la concurrence sera d'autant plus préjudiciable et répréhensible. Au contraire, si le cédant constitue une association, à but réellement non lucratif, il peut ne pas y avoir de concurrence réelle, ni surtout de concurrence préjudiciable. L'intérêt du cédant n'est plus, alors, tout à fait le même que celui qu'il poursuivait dans la société dont il a cédé les titres. La transparence de la personne morale se justifie moins dans ce cas.

831 La transparence de la personnalité morale que l'on relève en droit civil et commercial, n'implique donc aucune remise en cause du concept. Il ne s'agit à aucun moment de nier la séparation des patrimoines dès lors que l'on a de ce principe une compréhension nuancée et conforme aux données du droit positif. L'étude du droit fiscal conduit-elle au même constat ?

II La transparence réelle en droit fiscal

832 Il convient avant tout de justifier le rattachement de l'étude de la transparence fiscale à la transparence réelle. L'étude de l'imposition des revenus ne se rattache pas *a priori* à la notion de transparence réelle. La question de savoir qui est imposé, la personne morale ou ses membres, semble comparable au problème de la responsabilité limitée. En réalité les situations sont différentes. La responsabilité illimitée permet d'atteindre une personne, l'associé, à travers, une autre, la société. La transparence fiscale conduit à une prise en compte du patrimoine de l'associé pour déterminer les impôts dus, en faisant abstraction du patrimoine social²⁶²⁷. Il est vrai que la transparence fiscale suppose une forme de transparence civile dans la mesure où elle implique le paiement de l'impôt par les membres de la personne morale. L'imposition des sociétés de personnes relève davantage de la transparence personnelle que de la transparence réelle mais l'unité des problématiques et de la matière conduit cependant à traiter les deux aspects de la question simultanément.

A) Les phénomènes de transparence fiscale

833 La transparence totale caractérise la société immobilière de copropriété²⁶²⁸. L'article 1655 ter du Code général des impôts dispose que les sociétés qui ont en fait pour unique objet soit la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance, soit la gestion de ces immeubles, soit la location pour le compte d'un ou plusieurs associés de ces immeubles, sont réputées, quelle que soit leur forme juridique, ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application de certains impôts et taxes. Les membres de ces organisations sont directement tenus des impôts. La société reste cependant redevable des impôts qui ne sont pas visés par l'article 1655 ter. La TVA, en particulier, reste éventuellement due par la société au titre des livraisons à soi-même. La transparence des sociétés de construction peut également être totale en matière d'imposition. Les cessions de titres de ces sociétés sont également traitées au plan fiscal comme des cessions de droit réel immobilier et non plus comme des cessions de droit personnel mobilier²⁶²⁹.

2627 Voir M. MEYER ALAUZEN, *La notion fiscale de personnalité morale en Droit français*, DF. 1966, n° 31-36 et n° 37.

2628 Voir M. COZIAN, *Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, JCP. 1976, I, 2817.

2629 Voir D. KETCHEDJIAN, *La personnalité morale au regard du droit fiscal*, Thèse dactyl., Paris II 1972, p. 393 sq.

834 Les sociétés de personnes sont en principe transparentes au regard du droit fiscal²⁶³⁰. Les sociétés civiles professionnelles, transparentes civilement, sont également transparentes au plan fiscal²⁶³¹. L'article 8 ter du Code général des impôts dispose en effet que les associés des SCP « sont personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part des bénéfices sociaux qui leur est attribuée ». Ce texte permet en particulier aux sociétés qui ont adopté la forme coopérative de ne pas être soumises au régime fiscal des sociétés de capitaux²⁶³². Les cessions de parts manifestent également une certaine transparence dans la mesure où elles sont censées porter sur la quote-part des biens sociaux qu'elles représentent.

835 Les sociétés d'investissement bénéficient aussi de la transparence fiscale. Ces sociétés ont pour objet de gérer un portefeuille de valeurs mobilières de manière à assurer aux investisseurs un rendement et une sécurité supérieurs à ceux d'une gestion individuelle directe²⁶³³. Cependant la double imposition risquerait d'absorber le gain de la gestion collective. La transparence fiscale de ces sociétés sauvegarde l'intérêt de l'institution en permettant l'imposition au niveau des associés après avoir déterminé le résultat au niveau de la société²⁶³⁴. Le fondement de la règle est à nouveau d'assurer la neutralité du droit fiscal : le porteur de parts de sociétés d'investissement doit être en définitive dans la même situation fiscale que le propriétaire direct de titres. Les sociétés de personnes peuvent cependant opter pour l'impôt sur les sociétés²⁶³⁵. En réalité cette option n'a pratiquement aucun intérêt. Cela explique la rareté de l'option.

836 **La théorie de la mutation conditionnelle.** La théorie de la mutation conditionnelle signifie que l'apport pur et simple en société est exonéré de droits lors de la constitution de certaines sociétés. L'exonération définitive est soumise à une condition de reprise par l'apporteur. Si l'apport est repris par l'associé qui l'a réalisé, aucun droit n'est dû : tout se déroule comme si la société

2630 M. COZIAN, article précité ; du même auteur, *Le régime fiscal des sociétés de personnes (sociétés dites semi-transparentes)*, RS. 1980.217.

2631 En ce sens : Y. GUYON, *V° Sociétés civiles professionnelles*, in *Répertoire des Sociétés*, n° 13.

2632 Voir D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 304.

2633 Il existe également des sociétés immobilières d'investissement, dont le régime est comparable.

2634 Articles 199 ter-II et 220, 1 du Code général des impôts.

2635 Article 206, 3 du Code général des impôts.

n'avait jamais existé²⁶³⁶. Si le bien est attribué à un autre associé, il y a mutation de propriété et les droits correspondants sont dus. Aujourd'hui, la théorie de la mutation conditionnelle a un domaine plus restreint que par le passé²⁶³⁷. Elle joue uniquement lors de la constitution de sociétés soumises à l'impôt sur le revenu et non à l'impôt sur les sociétés²⁶³⁸.

837 Dans les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, la théorie de la mutation conditionnelle est écartée en principe. Les droits de mutation à titre onéreux sont dus notamment pour les apports d'immeubles, de droits immobiliers, de fonds de commerce, de clientèles et de droits au bail faits par une personne, physique ou morale, non soumise à l'impôt sur les sociétés²⁶³⁹. L'objectif est de rendre moins intéressante fiscalement la mise en société d'une entreprise individuelle. En effet l'opération permettrait de s'approprier les bénéfices, notamment sous formes de salaires, dont les règles d'imposition sont très différentes²⁶⁴⁰. Toutefois, l'apport de certains immeubles²⁶⁴¹ ou de fonds de commerce peut être exonéré de droits si l'apporteur s'engage à conserver les titres pendant cinq ans. On constate aisément qu'en définitive, le régime des apports est assez proche dans les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés et dans les sociétés soumises à l'impôt sur le revenu²⁶⁴². Les associations et syndicats sont soumis à un régime analogue à celui des sociétés²⁶⁴³. Cependant pour ces institutions, l'engagement de conservation des titres apparaît sans objet²⁶⁴⁴.

2636 Seule la taxe de publicité foncière de 0, 60 % est due.

2637 Sur la théorie de la mutation conditionnelle : Voir E. PILON, *Principes et techniques des droits d'enregistrement*, t. I, Dalloz 1929, n° 573 sq. ; H. BLAISE, *L'apport en société*, thèses Rennes 1953, Imprimeries Réunies 1955, n° 87 sqq. Elle a été adoptée au début du XIX^e siècle par la jurisprudence. Voir notamment : CR., 6 juin 1842, S. 1842.1.483, conclusions DUPIN.

2638 Article 810 bis du Code général des impôts. Cependant elle ne s'applique pas lorsque l'apport a déjà été soumis à un droit de mutation. L'apport d'un immeuble ou d'un fonds de commerce effectué par une personne physique à une société soumise à l'impôt sur les sociétés est ainsi soumis au droit de mutation de 4,80 % lors de la constitution de la société. Voir 809-I, 3° du Code général des impôts. Un droit de partage de 1 % est dû, en outre, à la dissolution.

2639 Article 809- I, 3° du Code général des impôts.

2640 Voir M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises 2000-2001*, Litec 2000, n° 2115 ; P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz 1999, n° 307.

2641 Il s'agit des immeubles apportés avec les éléments d'actif immobilisés affectés à l'exercice d'une activité professionnelle.

2642 Voir P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz 1999, n° 310.

2643 Article 809-I, 2° du Code général des impôts.

2644 Voir Associations, sous la direction d'E. ALFANDARI et de P.-H. DUTHEIL, Dalloz Action 2000, n° 3411 ; Lamy fiscal 2000, t. 2, Lamy 2000, n° 6330.

838 Le droit fiscal apparaît donc comme un terrain favorable à la transparence de la personnalité morale. Le réalisme qu'on lui reconnaît aisément conduit-il à remettre en cause la personnalité morale qui apparaîtrait comme une abstraction, voire une fiction ? La transparence fiscale compromet-elle le projet d'une théorie juridique cohérente ?

B) La justification de la transparence fiscale

VERIF AVOIR FISCAL

839 La transparence fiscale apparaît immédiatement comme un mécanisme opportun²⁶⁴⁵. Elle permet d'atténuer, à défaut d'éliminer totalement, les doubles impositions, qui résultent de la coexistence des personnalités juridiques de la société et des associés. En effet, l'application stricte du principe de séparation des patrimoines conduit en principe à discerner une première perception de revenus dans le patrimoine de la société, puis une seconde dans le patrimoine des associés. Chacun devrait en conséquence être imposé. Cependant cette solution permet d'imposer deux fois les mêmes revenus. Aussi le législateur fiscal a-t-il prévu des mécanismes afin de neutraliser l'imposition des revenus sociaux et de la redistribution des produits de l'activité sociale. Ces techniques constituent-elles des atteintes à la personnalité morale ? La transparence fiscale conduit-elle à méconnaître totalement ou partiellement la personnalité morale ? C'est l'opinion de certains auteurs qui se placent dans le cadre des théories traditionnelles. Cependant il ne semble pas qu'il y ait là une fatalité : une autre conception semble envisageable.

840 **La méconnaissance de la personnalité morale.** Dans le cadre des théories traditionnelles, les phénomènes de transparence fiscale relevés en droit français sont des atteintes à la personnalité morale. Monsieur Cozian a affiné la terminologie et distingue non seulement les sociétés opaques et transparentes mais aussi les sociétés semi-transparentes et translucides²⁶⁴⁶. Les sociétés de personnes sont semi-transparentes dans la mesure où le résultat imposable est déterminé au niveau de la société, même si la charge

2645 Voir cependant P. SERLOOTEN, *Brèves réflexions sur l'utilité actuelle du régime de transparence fiscale des sociétés de personnes*, JCP. E, 1999, p. 1477.

2646 M. COZIAN, *Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, JCP. 1976, I, 2817. Voir également la version actualisée de cet article : M. COZIAN, *Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec 1999, p. 271.

fiscale est ensuite reportée sur les associés. Les sociétés d'investissement sont quant à elles des sociétés translucides car les revenus distribués, seuls imposables, sont toujours mobiliers mais la charge fiscale repose encore sur les associés.

841 Peut-on dire alors que la transparence qui affecte ces institutions implique une remise en cause de leur personnalité ? Certains auteurs traitent de l'absence de « personnalité fiscale » de ces sociétés²⁶⁴⁷. Pour Audinet, la personnalité des sociétés de personnes est moins affirmée que celle des sociétés de capitaux²⁶⁴⁸. Selon Hamiaut, la transparence fiscale constitue une atténuation de la personnalité morale²⁶⁴⁹. Ce courant se rattache également manifestement à la théorie de la variabilité. La personnalité morale est non seulement remise en cause par la transparence mais elle est, de plus, susceptible de degrés. Tout phénomène de transparence n'entraîne pas une négation totale de la personnalité. Selon le type de personne en cause, et la règle à appliquer, le droit reconnaîtrait une personnalité plus ou moins parfaite. La théorie de la mutation conditionnelle quant à elle serait une négation de la personnalité morale et du caractère translatif de l'apport. Selon Gaston Lagarde, elle méconnaîtrait l'existence d'un patrimoine social²⁶⁵⁰. Il s'étonnait

2647 J.-P. CASIMIR, *L'imposition du résultat des sociétés être ou ne pas être soumis à l'impôt sur les sociétés ? 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 ; P. SERLOOTEN, *Brèves réflexions sur l'utilité actuelle du régime de transparence fiscale des sociétés de personnes*, JCP. E, 2001, p. 1477, qui critique la transparence fiscale qui nie la personnalité morale des sociétés de personnes ; Ch. FREYRIA, *De la pensée de Pothier à la transparence fiscale... La Théorie défunte de la mutation conditionnelle de l'apport en société*, in *Mélanges à la mémoire du professeur Emile Giraud*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Lille 1966, spéc. p. 172, qui juge la théorie de la mutation conditionnelle inconciliable avec la personnalité morale. Voir également Fr. NOUAILLES, *Etude des principales antinomies entre le droit civil et le droit fiscal*, thèse Toulouse, Librairie des étudiants 1896, p. 147 sqq., qui voit dans l'exonération de droits une antinomie entre le droit civil, qui reconnaît la personnalité morale des sociétés, et le droit fiscal.

2648 J. AUDINET, *Personne morale et personnes physiques dans les sociétés de commerce*, thèse dactyl., Aix-Marseille 1950, p. 53.

2649 M. HAMIAUT, *Transparence fiscale et transparence juridique en matière de sociétés*, S. 1964, Chr. 4 ; D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 399.

2650 G. LAGARDE, *Propos d'un commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme*, in *Etudes offertes à A. Jeauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille 1974, p. 429. Voir également DUPIN, conclusions sous CR., 6 juin 1842, S. 1842.1.483 ; A. WAHL, note sous Req., 28 janvier 1895, S. 1896.1.417 ; P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz 1999, n° 309.

de cette « personne que l'on peut traiter tantôt comme existante, tantôt comme inexistante »²⁶⁵¹.

842 Le lien avec les théories qui remettent en cause la personnalité morale s'explique en partie par l'histoire. La théorie de la mutation conditionnelle trouverait en effet son origine chez Pothier²⁶⁵². Or Pothier ignorait manifestement, et peut-être à tort, la personnalité morale des sociétés. Lorsque les sociétés ont été dotées de la personnalité morale, par la loi ou par la jurisprudence, la règle fiscale a semblé méconnaître le nouveau principe civil.

843 **Le respect de la personnalité morale.** En réalité, aucun des phénomènes de transparence ne constitue aujourd'hui une remise en cause de la personnalité morale. Il ne suffit pas cependant de rejeter la transparence fiscale dans la catégorie des fictions²⁶⁵³. Le recours à la fiction reste une position faible du point de vue doctrinal. Il implique que l'on reconnaisse que la transparence porte atteinte à la personnalité morale et qu'elle constitue une exception. Cette opinion permet de ne pas poser la question de la raison d'être des règles fiscales autrement qu'en terme d'opportunités. S'il est difficile de nier que les considérations de pure opportunité sont souvent déterminantes dans les choix de politique fiscale, il est nécessaire de proposer des analyses qui justifient et encadrent ces choix²⁶⁵⁴. De la même façon, doit-on rejeter la théorie de la fiction de la personnalité morale que l'on aurait pu invoquer²⁶⁵⁵.

2651 Ibid. Voir également J. FOYER, *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 113 sq., spéc. n° 5.

2652 Voir *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, par M. BUGNET, t. IV, *Traité du contrat de société*, 2^{ème} éd., Plon-Cosse et Marchal 1861, n° 179. Voir également E. PILON, *Principes et techniques des droits d'enregistrement*, t. I, Dalloz 1929, n° 577 sq. Voir cependant Ch. FREYRIA, article précité, p. 171.

2653 Voir cependant V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 504 sq. à propos de la transparence des sociétés de personnes ; B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 90 sq., à propos de la théorie de la mutation conditionnelle ; H. BLAISE, *L'apport en société*, thèses Rennes 1953, Imprimeries Réunies 1955, n° 92 ; Fr. NOUAILLES, *Etude des principales antinomies entre le droit civil et le droit fiscal*, thèse Toulouse, Librairie des étudiants 1896, p. 156.

2654 Sur le souci de neutralité du droit fiscal : M. COZIAN, *Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, JCP. 1976, I, 2817.

2655 Sur cette explication : J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 77, qui ne se déclare pas convaincu.

844 On pourrait être tenté dans un premier temps d'en appeler à l'autonomie du droit fiscal²⁶⁵⁶. La notion fiscale de personnalité morale ne recouvrirait pas exactement celle développée en droit civil et commercial, mais exprimerait une conception fiscale de la personnalité morale. Cependant ce serait pousser trop loin la théorie de l'autonomie que de soutenir la thèse de l'indifférence du droit fiscal aux qualifications juridiques. Si l'autonomie est manifeste au regard des situations de fait, elle n'est pas pertinente en matière de situation de droit : le droit fiscal ne jouit d'aucune autonomie dans l'analyse des situations de droit²⁶⁵⁷. On peut affirmer avec Monsieur Ketchedjian que « le droit fiscal a pour objet d'opérer un prélèvement sur les patrimoines des contribuables »²⁶⁵⁸. Il définit non pas les rapports entre les personnes mais la matière imposable. Il ne revient pas en principe sur les qualifications du droit civil²⁶⁵⁹. Il semble préférable de soutenir que la personnalité morale est identique en droit fiscal et dans les autres branches du droit²⁶⁶⁰. Les limites que le droit fiscal semble apporter à la personnalité morale apparaissent alors comme le reflet de l'organisation et/ou de la substance de la personnalité morale²⁶⁶¹.

845 Les sociétés immobilières de copropriété ont une finalité individuelle marquée²⁶⁶². Leurs associés ont vocation à la propriété ou à la jouissance des immeubles ou encore à prendre à bail les locaux appartenant à la société. Cet objet est exclusif de tout autre : aucune opération ne peut être conclue avec un tiers²⁶⁶³. La société ne peut ni vendre, ni louer à un tiers. Le droit fiscal tend à assurer à l'associé une situation identique à celle de la propriété individuelle. La neutralité est à nouveau recherchée par le législateur. Le lien entre le régime

2656 Sur l'autonomie du droit fiscal : L. TROTABAS, *Les rapports du droit fiscal et du droit privé*, DH. 1926, Chr. 29 ; Fr. GÉNY, *Le particularisme du droit fiscal*, RTDCiv. 1931.797 ; M. COZIAN, *Propos désobligeant sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal*, in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec 1999, p. 1.

2657 Voir D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 445. Voir également J.-P. GASTAUD, thèse précitée, n° 77.

2658 D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 446.

2659 Voir M. COZIAN, *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 1999, p. 1.

2660 Voir D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 457.

2661 En ce sens D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 458.

2662 Voir J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. de J.-P. SORTAIS, *Bibl. dr. priv.* n° 149, LGDJ 1977, n° 45, et n° 80 sq. ; D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 398.

2663 Voir D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 377 sqq.

fiscal et la finalité de l'organisation est manifeste dans ces sociétés. Il n'y a donc aucune méconnaissance de la personnalité morale. Au contraire, le régime fiscal en tire toutes les conséquences, dans la mesure où il prend en considération la finalité de l'organisation qui se trouve au fondement de la personnalité.

846 Les sociétés d'investissement ont pour objet la gestion de valeurs mobilières ou d'immeubles afin d'en redistribuer les revenus à leurs associés. Il ne s'agit pas uniquement de réaliser un profit dont les associés bénéficient sous une forme quelconque mais bien de distribuer ce profit. La distribution est non seulement le moyen de réaliser la finalité lucrative de la société mais aussi la réalisation même de son objet. Cela explique notamment que seuls les bénéfices distribués soient imposables dans ce type de société alors que dans les sociétés immobilières de copropriété, tous les bénéfices, même non distribués, sont imposables. S'explique aussi de cette manière l'opacité de ces sociétés en matière de TVA, qui porte sur des opérations qui ne relèvent pas directement de l'objet social. La transparence fiscale est le reflet de l'organisation de la société et de son objet. Elle ne méconnaît en aucune manière la personnalité morale. Elle apparaît au contraire comme une conséquence de celle-ci, dans la mesure où elle est la traduction fiscale de l'activité de l'organisation que la personnalité morale a rendu opposable. La transparence fiscale n'entraîne pas une négation de la personnalité morale dans la mesure où les revenus imposés sont toujours encaissés par la société²⁶⁶⁴. Le bénéfice imposé reste celui de la société²⁶⁶⁵. On constate ici que « l'analyse fiscale est le reflet de l'analyse juridique »²⁶⁶⁶. On pourrait aller jusqu'à dire que « le régime fiscal des sociétés de personnes ne manifeste en lui-même aucune transparence fiscale »²⁶⁶⁷. Il n'y a, en toute hypothèse, aucune remise en cause de la personnalité morale²⁶⁶⁸.

2664 D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 335.

2665 L'article 53 du Livre des procédures fiscales dispose qu'« en ce qui concerne les sociétés dont les associés sont personnellement soumis à l'impôt pour la part des bénéfices correspondant à leurs droits dans la société, la procédure de vérification des déclarations déposées par la société est suivie entre l'administration des impôts et la société elle-même ». Voir M. LIÉBERT-CHAMPAGNE, *Transparence fiscale des sociétés de personnes et imposition personnelle des associés*, RJF. 4/87, p. 207.

2666 D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 306.

2667 D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 310.

2668 D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 309 sqq. Voir cependant pour une critique des règles de la transparence : P. SERLOOTEN, *Brèves réflexions sur l'utilité actuelle du régime de transparence fiscale des sociétés de personnes*, JCP. E, 2001, p. 1477.

847 La théorie de la mutation conditionnelle ne remet pas plus en cause la personnalité morale que la transparence fiscale des sociétés de personnes ou de construction²⁶⁶⁹. La théorie de la mutation conditionnelle impliquerait une négation de la personnalité morale, selon une conception fort répandue en doctrine. Cette conception n'est pas convaincante pour autant²⁶⁷⁰. Le caractère translatif de l'apport n'est pas méconnu par le droit fiscal : la société acquiert la propriété des biens²⁶⁷¹. Lors de la constitution, l'apport donne, en principe, lieu à des droits, dont l'apporteur peut être exonéré par application de la théorie de la mutation conditionnelle. Il s'agit bien dans ce cas d'une exonération, qui suppose que les droits en cause étaient dus mais qu'en raison des circonstances, l'apporteur en a été dispensé²⁶⁷². De même lors du partage, la personnalité morale n'est pas ignorée. Si le bien est attribué à son apporteur mais que celui-ci avait auparavant quitté la société, les droits sont dus comme pour l'attribution à un autre associé. De plus, l'effet de la théorie de la mutation conditionnelle est limité à la valeur du bien au jour de l'apport augmenté de la plus-value naturelle. En revanche les droits de mutation sont dus pour tout ce qui excède cette valeur²⁶⁷³.

848 Le droit fiscal tient compte en réalité de la nature de l'apport. La théorie de la mutation conditionnelle ne résulte pas d'une théorie déterminée de la personnalité morale, mais de la nature même de l'apport en société : il est de sa nature d'être une affectation, qui justifie la perception d'un droit d'apport, mais une affectation non définitive, ce qui justifie les conditions de perception d'un droit spécifique. Avec Monsieur Ketchedjian on peut dire que « l'apport en société ne peut être comparé à une aliénation définitive et irrémédiable du bien »²⁶⁷⁴. La personnalité morale ne peut expliquer

2669 D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 75

2670 Voir D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 75 sq.

2671 Voir E. PILON, *Principes et techniques des droits d'enregistrement*, t. I, Dalloz 1929, n° 583 ; B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 90 sq. On raisonne ici sur l'hypothèse de l'apport en propriété.

2672 Une exonération de droits n'a pas la même signification, qu'un droit qui n'est pas dû parce que les conditions de la taxation ne sont pas réunies. La théorie de la mutation conditionnelle permet simplement une exonération fiscale.

2673 Voir D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 77.

2674 D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 80. Cela explique également que le droit d'apport est dû lors de la constitution de société non dotée de la personnalité morale. Voir également : Lamy fiscal 2000, t. 2, Lamy 2000, n° 6432 sqq. La plus ou moins grande stabilité de l'affectation dépend de la nature de la société : société de capitaux ou société de personnes. Voir D. KETCHEDJIAN, thèse précitée, p. 80 sqq., qui fait dépendre la précarité de l'apport du caractère plus ou moins institutionnelle

les solutions retenues par le droit fiscal. L'explication se trouve davantage dans les principes de l'organisation qu'elle tend à rendre opposable à tous. L'affectation est une technique d'organisation que la personnalité morale rend opposable à tous, auxquels elle se manifesterait sous la forme d'un patrimoine autonome, gage des créanciers. L'affectation est plus ou moins stable selon le type de société, mais il s'agit là de différence dans l'organisation et non de variation de la personnalité. Le droit fiscal ne fait que prendre en compte le particularisme de l'opération qu'il appréhende.

849 Conclusion de la section I. La transparence est un phénomène incontestable. Seule sa signification peut être discutée. Elle manifeste parfois l'opposabilité d'un élément de l'organisation. La responsabilité illimitée fournit un exemple de transparence de ce type. L'autonomie patrimoniale de la personne morale et la personnalité morale elle-même ne sont pas directement remises en cause par la création d'un mécanisme de garantie telle que la responsabilité illimitée. Le patrimoine de la personne morale n'est pas nié et les créanciers des membres n'ont en principe aucun droit sur lui. Par des règles d'organisation particulières, que la personnalité morale a pour fonction de rendre opposable, les membres deviennent garants des engagements de la personne morale.

850 La transparence fait apparaître, d'autre fois, un élément de l'intérêt. L'activité exercée par la personne morale peut ainsi imposer une certaine prise en compte d'aptitude des membres. En aucun cas cependant la personnalité morale n'est méconnue. La transparence est certes une limite posée au principe de séparation, mais elle ne remet pas en cause la personnalité morale elle-même. Elle est une limite imposée par la nature de la personnalité et non par l'arbitraire du législateur. Toutes les manifestations de la transparence substantielle que l'on a relevées sont apparues fondées dans leur principe et limitées dans leur portée, sans aucune remise en cause de la personnalité morale. Il reste à vérifier que la transparence processuelle confirme cette proposition.

de la société. La stabilité du personnel, qui relève de l'organisation et non de la personnalité morale, compromet, en pratique, l'exercice du droit de reprise en nature, mais assure une plus grande stabilité des apports. Voir également L. LACROUX, *La conception fiscale du contrat de société*, RS. 1951.17, qui insiste sur le caractère temporaire de la mise à disposition. On peut relever enfin que le taux d'imposition est le même pour les apports en propriété et les apports en jouissance. Seule l'assiette des droits est différente.

Section II La transparence processuelle

851 L'intérêt de la personne morale est non seulement un intérêt substantiel, mais aussi un intérêt processuel. L'activité finalisée que l'organisation a pour fonction de promouvoir impose de reconnaître un intérêt à agir en justice afin de défendre la personne morale et son intérêt. L'intérêt à agir de la personne morale lui est propre. Cependant ses membres ont parfois la faculté d'exercer individuellement l'action sociale. Cette institution est appelée action *ut singuli*. Elle apparaît comme un phénomène de transparence naturelle dans la mesure où elle ne s'explique pas par une autre institution comme la plupart de phénomènes de transparence accidentelle, que l'on étudiera plus loin. Au contraire, elle manifeste l'essence de la personnalité morale. En particulier, elle peut être exercée par tout associé quel que soit le montant de sa participation²⁶⁷⁵. Elle n'a donc aucun lien avec la notion de contrôle.

852 L'action *ut singuli* est apparue d'abord en droit des sociétés. Aujourd'hui sa reconnaissance dans d'autres types de personnes morales est débattue. Pour résoudre la question de l'extension de l'institution (§2), il est nécessaire d'en avoir au préalable une juste compréhension (§1).

2675 Voir G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN, L. VOGEL, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1765.

§ 1 L'action *ut singuli* en droit des sociétés

853 L'étude de l'action *ut singuli* dans le droit des sociétés fournit l'occasion de faire apparaître le sens réel de l'institution (I) et sa signification au regard de la théorie de la personnalité morale (II).

I L'action *ut singuli* en droit positif

854 **L'exercice individuel de l'action sociale en responsabilité.** Les dirigeants sont responsables à l'égard de la personne morale pour les fautes qu'ils commettent dans leur gestion²⁶⁷⁶. Mais ce principe de responsabilité, une fois affirmé, peut se heurter à des difficultés de mise en œuvre. En effet l'action en responsabilité contre le dirigeant devra parfois être engagée par... lui-même en sa qualité de représentant de la personne morale. Il est bien sûr possible de procéder au remplacement du dirigeant fautif. Son successeur introduira alors l'action en responsabilité. Cependant cela n'est pas toujours possible. Il n'est pas toujours souhaitable de remplacer un dirigeant, même fautif, uniquement pour pouvoir engager sa responsabilité. Il est parfois impossible de révoquer le dirigeant en cause lorsque celui-ci est majoritaire. L'action *ut singuli* offre à tout membre d'un groupement personnifié la faculté de mettre en jeu la responsabilité d'un dirigeant.

855 L'action *ut singuli*, au sens strict, est l'action sociale en responsabilité exercée par un membre contre les dirigeants, en raison de leur faute de gestion²⁶⁷⁷. Elle est prévue aux articles 1843-5 du Code civil et L. 225-252 du Code de commerce. Elle ne peut tendre à mettre en cause des tiers. Elle est une modalité de l'action *de mandati*, fondée sur le mandat confié au dirigeant²⁶⁷⁸. Elle est liée à la simple qualité de membre : aucune condition de possession d'un minimum de parts n'est posée. Pour prévenir les risques de conflits d'intérêts, le

2676 Article 1850 du Code civil pour les sociétés civiles ; article L. 225-251 du Code de commerce pour les sociétés commerciales. Certaines catégories d'association sont soumises à un régime spéciale. Voir notamment les associations autorisées à émettre des obligations : article 13 de la loi 85-698 du 11 juillet 1985. Voir G. RIPERT, R. ROBLOT, op. cit., n° 1751 sqq., spéc. n° 1763 sqq.

2677 Voir Fr. CHERCHOULY-SICARD, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, thèse dactyl., Paris II 1982, n° 195 sqq. A l'origine on désignait par action *ut singuli* l'action personnelle des associés : A. BOISTEL, note sous Lyon, 28 janvier 1890, DP. 1892.2.33. De *lege ferenda*, la limitation de l'action *ut singuli* à une action en dommages intérêts a paru regrettable : Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 11^{ème} éd., Economica 2001, n° 463.

2678 Qui peut être exercée *ut universi* c'est-à-dire par la personne morale elle-même. Sur ce double aspect de l'action de mandat : P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF 1999, p. 435 sq.

droit a parfois prévu l'intervention d'un organe ad hoc dont ce serait la mission²⁶⁷⁹. La minorité peut remplir le même rôle, en droit des sociétés. On peut alors la qualifier d'organe social subsidiaire²⁶⁸⁰.

856 L'action *ut singuli* est fondée traditionnellement sur l'idée de représentation²⁶⁸¹. Le droit anglais refuse en principe l'exercice de l'action sociale *ut singuli* au motif qu'elle se heurte aux règles de représentation de la société²⁶⁸². La règle *Foss v Harbottle*, posée en 1843 par la Chambre des Lords, fait obstacle à tout contrôle judiciaire hors des cas de fraude ou de dépassement de l'objet pour éviter toute immixtion dans les affaires internes de la société²⁶⁸³. La règle est sévère car elle interdit toute action sociale exercée individuellement mais aussi toute action personnelle. La section 459 du *Companies act* de 1985 accorde cependant un droit d'action à la minorité, si elle est victime d'une conduite *unfairly prejudicial*, inéquitablement préjudiciable²⁶⁸⁴. Cette disposition ne permet pas cependant de sanctionner les fautes de gestion des dirigeants²⁶⁸⁵. De plus, l'action

2679 Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 554. Il en est parfois ainsi : le subrogé tuteur remplit ce rôle : article 420 du Code civil. Voir également l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965 et l'article 49 du décret du 17 mars 1967 qui prévoient la possibilité pour tout intéressé de demander la nomination d'un administrateur provisoire de la copropriété.

2680 D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. J.-M. BISCHOFF, Bibl. dr. com. t. 21, Sirey 1970, n° 257 sqq.

2681 Voir J.-M. BISSILA, *L'évolution des conceptions relatives à la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales des codifications napoléoniennes à nos jours*, thèse dactyl., Orléans 1996, n° 1187 ; L. COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dactyl., Aix 1974, n° 91. Il s'agit de la représentation de la société. Voir Cependant les interrogations de Monsieur Constantin : A. CONSTANTIN, note sous Crim., 12 décembre 2000, RS. 2001.323.

2682 Sur ce point : E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droits français et anglais*, préf. A. TUNC, Bibl. dr. priv. n° 302, LGDJ 1998, n° 295 sqq. ; V. MAGNIER, *Rapprochement des droits et viabilité d'un droit commun des sociétés*, préf. P. DIDIER, Bibl. dr. priv. n° 317, LGDJ 1999, n° 439 sqq.

2683 *Foss v Harbottle* (1843), *150 Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 273 sqq. Sur cette règle : E. SCHOLASTIQUE, thèse précitée, n° 298.

2684 Voir E. SCHOLASTIQUE, thèse précitée, n° 304 ; D. D. PRENTICE, *Protecting minority shareholder's interests : recent developments with respect to sections 459-461 of the companies act 1985*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, ed. by D. FELDMAN, F. MEISEL, Lloyd's of London Press 1996, p. 79 ; B. LE BARS, *Les associations de défense des actionnaires et d'investisseurs*, thèse dactyl., Paris I 1998, n° 571.

2685 Sur ce point : E. SCHOLASTIQUE, thèse précitée, n° 306 ; L. GRIGGS, J. P. LOWRY, *Minority Shareholder Remedies : A Comparative View*, *Journal of Business Law*, sept. 1994, p. 463, qui remettent en cause l'actualité de la règle. Sur la protection des actionnaires par le Department of Trade and Industry (DTI) britannique : V. MAGNIER, *Rapprochement des droits et viabilité d'un droit commun des sociétés*, préf. P. DIDIER, Bibl. dr. priv. n° 317, LGDJ 1999, n° 443, le secrétaire d'Etat peut

ouverte à la minorité est le plus souvent une action personnelle et non une véritable action sociale. Enfin, la notion de préjudice inéquitable est entendue très étroitement par les juges anglais²⁶⁸⁶. La conception étroite de la représentation est donc lourde de conséquences pour les associés²⁶⁸⁷.

857 Le droit français admet au contraire que la société soit représentée par un associé dans des cas particuliers²⁶⁸⁸. On précise parfois que l'expression *représentation* ne doit pas être entendue dans son sens technique²⁶⁸⁹. Selon Monsieur Coupet cependant, l'action subsidiaire limitée au préjudice subi par l'associé n'est pas une action *ut singuli*²⁶⁹⁰. Cette affirmation peut être contestée. En effet si l'action est subsidiaire, c'est parce qu'elle répare le même préjudice. S'il s'agissait d'un simple préjudice par ricochet, l'action de la société ne ferait pas obstacle à l'action de l'associé. Quant à Monsieur Gassin, il distingue dans sa thèse²⁶⁹¹ deux situations dans lesquelles une personne a qualité pour agir en justice pour le compte d'autrui : la

contrôler sans préavis tous les documents de la société. Si le dirigeant n'a pas respecté ses obligations il s'expose à de lourdes sanctions, qui peuvent aller jusqu'à deux ans de prison.

2686 Voir la décision *O'Neill v Phillips*, de la Chambre des Lords (1999), *150 Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 285 sqq. ; A. J. BOYLE, "Unfair prejudice" in the House of Lords, *The Company Lawyer*, 2000.253

2687 Sur les évolutions récentes du droit anglais au regard des droits américain et canadien : L. GRIGGS, J. P. LOWRY, *Minority Shareholder Remedies : A Comparative View*, *Journal of Business Law*, sept. 1994, p. 463. Sur les projets d'introduction de la *derivative action* en droit anglais : D. FABER, *Reform of Shareholder Remedies*, in *developments in European Company Law*, Volume 1/1996, B. A. K. RIDER and M. ANDENAS ed., Kluwer Law International 1997, p. 119. Les droits des pays membres de l'Union européenne seront amenés à se rapprocher, si le projet de cinquième directive, relative aux structures des sociétés anonymes et aux pouvoirs de leurs organes, est adopté un jour. Les articles 14 et 16 de ce projet encadrent la responsabilité des membres des organes de direction et/ou de contrôle. Si en principe la mise en œuvre de l'action est décidée par l'assemblée générale, « l'action sociale, fondée sur les dispositions de l'article 14, doit aussi pouvoir être exercée par **au nom et pour le compte de la société**, à la demande d'un ou plusieurs actionnaires... » (Article 16 du projet de cinquième directive ; le passage en gras (dans le texte) ne figurait pas dans le projet initial), Proposition modifiée d'une cinquième directive, concernant les structures des sociétés anonymes et les pouvoirs de leurs organes, JOCE. 1983, n° C 240/2. Sur la *derivative action* du droit américain : N. DION, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, thèse dactyl., Orléans 1994, n° 242 sqq.

2688 Voir cependant D. SCHMIDT, thèse précitée, n° 295 sqq., pour qui la minorité représente la collectivité des associés et non la société.

2689 En ce sens voir la note F. ALAPHILIPPE sous Civ. I, 13 février 1979, D. 1981.205.

2690 L. COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dactyl., Aix 1974, n° 92 sqq.

2691 R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix-Marseille 1955, n° 32.

représentation et la subrogation. La représentation correspond à l'hypothèse où celui qui agit le fait au nom et pour le compte d'autrui. La subrogation autoriserait une personne à faire valoir en son nom propre le droit d'autrui²⁶⁹². En réalité cette distinction entre représentation et subrogation est purement doctrinale et ne se justifie que par une conception étroite de la représentation. Monsieur Philippe Didier a mis en évidence dans sa thèse que la représentation a un champ d'application beaucoup plus étendu que celui qu'on lui reconnaît d'ordinaire²⁶⁹³. Rien n'interdit alors de voir dans l'action *ut singuli* un phénomène de représentation.

858 Du point de vue théorique, l'action *ut singuli* présente l'originalité de faire cohabiter deux types de représentation. Selon Monsieur Philippe Didier, « il arrive, en effet, que la représentation objective soit utilisée pour permettre l'intervention d'une personne dans un mécanisme de représentation fiduciaire »²⁶⁹⁴. L'action *ut singuli* apparaît dans le cadre de la théorie de l'agence comme un moyen de contrôle des risques d'agence²⁶⁹⁵ dont il faut déterminer la portée. C'est d'abord au sein même du droit des sociétés que la question doit être résolue.

859 La question du domaine de l'action *ut singuli* en droit des sociétés s'est posée en premier lieu en matière de société civile. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait décidé que l'action *ut singuli* était irrecevable lorsqu'elle tendait à la réparation de l'entier préjudice à défaut de dispositions légales ou statutaires²⁶⁹⁶. Elle a au contraire déclaré recevable l'action qui tendait à la réparation du préjudice personnel subi par chaque associé. Malgré l'expression de préjudice personnel, c'est en réalité une action sociale qu'exerçaient les associés. L'affirmation de la qualité pour agir des associés pour exercer l'action sociale dans la limite de leur intérêt personnel le démontre. La Cour d'appel ajoute que « la loi de 1966 n'institue pas des actions de nature exceptionnelle [mais qu'] elle fait application à

2692 Voir sur ce point : R. GASSIN, thèse précitée, n° 104 sqq., et n° 151 sqq. et n° 172 en particulier pour l'action *ut singuli*.

2693 Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, passim.

2694 Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 539.

2695 En ce sens : A. COURET, *Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse du droit des sociétés*, RS. 1984.423. La notion de relation d'agence est très large : B. CORIAT, O. WEINSTEIN, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Livre de poche références 1995, p. 93 sqq.

2696 Paris, 8 mai 1978, RS. 1978.711, note D. SCHMIDT ; JCP. 1979, II, 19209, note Y. GUYON.

des situations spéciales d'un principe générale ». Le principal obstacle à une extension de l'action *ut singuli* réside, au plan pratique, dans le sort du résultat de l'action et, au plan théorique, dans la nature exceptionnelle ou non de l'action. C'est sur un argument de type légaliste que la Cour de cassation a fondé sa position le 30 janvier 1980²⁶⁹⁷. Elle a décidé à cette occasion que les dispositions qui ouvrent l'action sociale aux associés, sont des exceptions aux règles de la représentation des personnes morales. Elle a cassé pour ce motif un arrêt qui avait reçu l'action *ut singuli* introduite par les associés d'une société civile immobilière. La solution de la Cour de cassation a dû surprendre le ministre qui, au même moment, répondait par la négative à un député qui lui avait demandé si une réforme de l'action *ut singuli* était envisagée²⁶⁹⁸. Le ministre constatait que la jurisprudence était favorable à l'action *ut singuli* et que l'interprétation de l'article 38 du décret du 3 juillet 1978 suffisait à en fonder la recevabilité. L'argument tiré de l'article 38 du décret de 1978 était cependant fragile dans la mesure où le régime de l'action n'était pas fixé notamment quant à sa mesure et au sort de l'indemnité²⁶⁹⁹. Ce n'est que par une loi du 5 janvier 1988 que la solution a été étendue aux sociétés civiles²⁷⁰⁰.

860 L'exercice de l'action *ut singuli* pose également des problèmes dans les groupes de société. Le droit américain connaît également une action sociale exercée par les associés : la *derivative action*²⁷⁰¹. De ce point de vue, le droit américain est plus libéral que le droit anglais et se rapproche ainsi du droit français. Il fournit, par ailleurs, un modèle, en particulier lorsqu'il admet la recevabilité d'une action sociale au second degré²⁷⁰². Une transposition au droit français de cette solution est envisageable sans qu'il soit nécessaire d'établir la

2697 Civ. I, 30 janvier 1980, D.1981, IR 34, obs. J.-Cl. BOUSQUET ; G. DELMOTTE, *L'action social ut singuli*, JNA. 1981, art. 56227.

2698 RM. n° 21832 (JO du 4 février 1980), RS. 1980.350 ; JNA.1980, art. 55481 ; RTDCom. 1980.350, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN.

2699 En ce sens : obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN, précitées.

2700 Article 1843-5 nouveau du Code civil.

2701 Voir N. DION, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, thèse dactyl., Orléans 1994, n° 242 sqq.

2702 Voir H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse dactyl., Rennes I 1979, t. 2, n° 326 ; Cl. ARMAND, A. VIANDIER, *Réflexions sur l'exercice de l'action dans le groupe de société : transparence des personnalités morales et opacité des responsabilités*, RS. 1986.557 ; L. GRIGGS, J. P. LOWRY, *Minority Shareholder Remedies : A Comparative View*, Journal of Business Law, sept. 1994, p. 463 sqq., spéc. p. 479.

fictivité de la société intermédiaire. Selon Messieurs Armand et Viandier, une action sociale au second degré impliquerait la preuve d'une forte communauté d'intérêts entre les sociétés et d'une carence réelle des dirigeants sociaux²⁷⁰³. L'action civile de l'associé minoritaire d'une société mère contre un dirigeant d'une filiale a récemment été déclarée recevable²⁷⁰⁴. Il s'agissait d'une action civile individuelle et non d'une action sociale de nature civile. Cependant, cette décision a marqué une évolution de la jurisprudence. Le 13 décembre 2000, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre une décision qui avait admis la demande en réparation du préjudice social formulé par un associé de la société mère contre les dirigeants de la filiale, auteurs d'abus de biens sociaux²⁷⁰⁵. Cette jurisprudence est certainement opportune, mais elle conduit nécessairement à s'interroger sur la signification de l'action *ut singuli* au regard de la théorie de la personnalité morale.

861 Critères de distinction entre action sociale et action individuelle²⁷⁰⁶. Les enjeux de la distinction des actions sont multiples. Il s'agit essentiellement de savoir si l'action de la société fait obstacle à l'action des associés. L'action *ut singuli* ne peut être intentée que par un associé, qui conserve sa qualité au cours de l'instance jusqu'au jour de la décision. Elle est en principe cédée avec les titres²⁷⁰⁷. L'action individuelle reste, au contraire, recevable alors même que le demandeur a cédé sa participation.

862 La jurisprudence a d'abord adopté un critère tiré de la nature du préjudice²⁷⁰⁸. La Chambre civile a ainsi décidé que la souscription d'actions à la suite de manœuvres dolosives des

2703 Cl. ARMAND, A. VIANDIER, *Réflexions sur l'exercice de l'action dans le groupe de société : transparence des personnalités morales et opacité des responsabilités*, RS. 1986.557.

2704 Crim., 6 février 1996, B. Crim., n° 60 ; JCP. E 1996, II, 837, note J.-F. RENUCCI, O. MEYER ; B. Joly 1996, § 144, note J.-F. BARBIÉRI ; RS. 1997.125, note B. BOULOC.

2705 Crim., 13 décembre 2000, RJDA. 4/01, n° 458 ; B. Joly 2001, §96, note J.-F. BARBIÉRI.

2706 Sur le critère de distinction entre les actions sociales et les actions individuelles : J. STOUFFLET, S. BETANT, *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 149.

2707 Com., 26 janvier 1970, BC., IV, n° 30 ; RS. 1970.476, note J. G. ; JCP. 1970, II, 16385, note Y. GUYON ; D. 1970.643, note J. GUYÉNOT, qui applique la législation de 1867. Voir également Com., 11 octobre 1988, Journal des agrées 1989.158, note Fr. CHERCHOULY-SICARD ; B. Joly 1988, §300, note P. LE CANNU ; J. STOUFFLET, S. BETANT, fasc. précité, n° 99.

2708 Voir J. PERROUD, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires. Etudes de jurisprudence française*, thèse Paris, Rousseau 1901, notamment n° 6 ; J.-M. BISSILA, *L'évolution des conceptions relatives à la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales des codifications napoléoniennes à nos jours*, thèse dactyl., Orléans 1996, n° 1197.

dirigeants avait pu être à l'origine d'un préjudice personnel distinct de celui de la société. L'action individuelle était recevable alors même que le syndic de la procédure collective avait également agi en réparation du préjudice social²⁷⁰⁹. Cette décision faisait également référence à la nature contractuelle ou délictuelle de l'action²⁷¹⁰. L'action sociale serait de nature contractuelle alors que l'action personnelle serait de nature délictuelle²⁷¹¹.

863 Cette théorie était rejetée par Thaller, qui prolongeait ainsi sa distinction de la personnalité interne et de la personnalité externe. Selon Thaller, la qualification de l'action dépendait du droit invoqué par le demandeur : « l'actionnaire argue-t-il d'un droit qui est le même pour tous les membres de la société : l'action est sociale. Dans le cas contraire elle est individuelle »²⁷¹². Albert Wahl proposait quant à lui un critère tiré de l'uniformité du préjudice²⁷¹³. Cependant, pour d'autres auteurs, si un préjudice subi par la société autorise les associés à agir, tout préjudice subi uniformément par tous les associés n'ouvre pas nécessairement une action sociale²⁷¹⁴. Pour la doctrine contemporaine, l'incidence du préjudice détermine la nature de l'action²⁷¹⁵. L'action sociale poursuit la réparation d'une atteinte au patrimoine de la société tandis que l'action individuelle tend à compenser un préjudice subi directement dans le patrimoine de l'associé. Selon Monsieur Schmidt l'action sociale se définit ainsi par son objet et « tend à reconstituer le fond social »²⁷¹⁶. Le droit des sociétés fournit un argument en faveur de la doctrine contemporaine, depuis que le sort de l'indemnité est tranché par l'article L. 225-252 du Code de commerce²⁷¹⁷. Cette disposition affecte le résultat de

2709 Civ., 26 novembre 1912, DP. 1913.1.377, note Ed. THALLER. L'arrêt est cependant un peu obscur dans la mesure où la distinction de l'action sociale et de l'action des créanciers n'est pas nette. Sur cette confusion fréquente à l'époque : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 544.

2710 Critère proposé par P. PIC, note sous Paris 31 mai 1892, DP. 1893.2.249 ; Sur ce critère : J. STOUFFLET, S. BETANT, *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 149, n° 100 sqq.

2711 Voir aussi Paris, 16 avril 1870, DP. 1870.2.121.

2712 En ce sens : Ed. THALLER, note sous Civ., 3 janvier 1912, Annales de droit commercial 1913.223.

2713 A. WAHL, note sous Paris, 22 mars 1911, S. 1912.2.65.

2714 En ce sens : J. STOUFFLET, S. BETANT, fasc. précité, n° 110. L'article 199 du décret de 1967, permet aux associés de se réunir pour agir en réparation de leur préjudice personnel au moyen d'une forme d'action en représentation conjointe.

2715 Voir J. STOUFFLET, S. BETANT, fasc. précité, n° 112 sqq. ; J.-M. BISSILA, thèse précitée, n° 1197.

2716 D. SCHMIDT, thèse précitée, n° 264.

2717 En ce sens : J. STOUFFLET, S. BETANT, fasc. précité, n° 115. L'action des associés fondée sur l'article 1382 du Code civil est irrecevable : Com., 1^{er} avril 1997, RJDA.

l'action *ut singuli* au patrimoine social : c'est le signe qu'il était atteint par le fait dommageable.

864 Cependant cette opinion se heurte à la même remarque que celle formulée à l'encontre de la théorie de l'unité de préjudice. Le préjudice subi par la société est aussi un préjudice pour les associés²⁷¹⁸. La preuve en est que si le préjudice social est réparé, le préjudice individuel disparaît. Alors que la doctrine propose deux critères distincts, celui de la nature du préjudice et celui de la cause du préjudice²⁷¹⁹, la jurisprudence semble en définitive les associer. Selon Monsieur Philippe Didier, « pour la jurisprudence, un préjudice est collectif quand on ne peut imaginer un membre de la collectivité qui ne soit pas atteint par l'acte qui en est la cause »²⁷²⁰. On retrouve ici l'idée de légitimité dégagée plus haut²⁷²¹. Cette conception du préjudice est une manifestation de l'immanence de l'intérêt en droit des sociétés. Intérêt à agir de la société et intérêt à agir des associés, fondés sur des préjudices identiques, sont liés l'un à l'autre. Il n'y a aucune séparation stricte entre eux comme cela serait le cas s'ils se trouvaient dans un rapport de transcendance.

865 **Applications.** Quelles sont dès lors les situations concrètes qui ouvrent la voie d'une action sociale exercée *ut singuli* ? Une demande en réparation du préjudice subi du fait de son entrée dans la société ne peut être qu'une action personnelle²⁷²². La perte du contrôle de la société est également un préjudice individuel, dont la réparation peut être poursuivie au moyen d'une action personnelle²⁷²³. Le préjudice qui résulte de la perte de contrôle se fait particulièrement

5/97, n° 659 ; A. COURET, *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, RJDA 1997.391

2718 En ce sens : J. STOUFFLET, S. BETANT, *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 149, n° 116.

2719 Sur ce point : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 544 sqq.

2720 Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 549.

2721 Voir ci-dessus, n° 106 sqq. ; voir également n° 300 sqq.

2722 Req., 30 octobre 1930, S. 1947.1.45, note R. PLAISANT. Voir déjà : Paris, 31 mai 1892, DP. 1893.2.249, note P. PIC.

2723 Com., 18 février 1997, BC., IV, n° 59 ; RJDA. 5/97, n° 659 ; A. COURET, *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, RJDA 1997.391 ; B. Joly 1997, § 173, note J.-J. DAIGRE ; Dr. Soc. 1997, Comm. 75, note Th. BONNEAU. Il convient cependant de relever que l'action était engagée en l'espèce non contre les dirigeants de la société mais contre des tiers. Cependant la solution est transposable en matière d'actions introduites contre les dirigeants, dans la mesure où la nature, collective ou personnelle, du préjudice ne saurait varier selon l'auteur des faits. Si l'actionnaire peut agir contre un tiers, en réparation de son préjudice, cela signifie que l'action n'est pas une action sociale, dont l'exercice relève de la seule compétence des organes de la personne morale. Si l'auteur était un dirigeant, l'action resterait personnelle.

sentir lors de la cession de la participation devenue minoritaire, en raison de la décote de minorité ou de la perte de la prime de contrôle, que l'on attache souvent au contrôle. Les actionnaires lésés doivent pouvoir agir après leur départ, ce qui n'est possible que s'il s'agit d'une action personnelle. Un indice qui permet de distinguer, en pratique, action individuelle et action collective réside peut-être dans la volonté de rester ou de quitter la société. Les actions introduites par des associés décidés à se désengager sont le plus souvent des actions individuelles²⁷²⁴. L'actionnaire invoque alors un intérêt dont il aurait, en principe, encore le bénéfice après son départ. Au contraire, sera considérée comme sociale, toute demande fondée sur un préjudice qui ne se distingue guère de celui de la société.

866 L'action *ut singuli* peut-elle avoir un objet autre que la réparation du préjudice social ? Permet-elle notamment d'obtenir l'annulation de décisions sociales ? Malgré les termes précis de l'article 225-252 du Code de commerce, il est permis de soutenir l'affirmative. L'annulation d'une décision sociale opère à l'égard de tous les associés ; elle permet la réparation en nature du dommage causé à la société tout entière. Elle peut être considérée comme une variante de l'action en réparation²⁷²⁵.

867 L'action en annulation pour abus de majorité est une action sociale ; elle peut cependant être exercée individuellement²⁷²⁶. Deux

2724 Com., 18 février 1997, précité. Les actionnaires avaient même cédé leur droit en cours de procédure. Comparer avec D. D. PRENTICE, *Protecting minority shareholder's interests : recent developments with respect to sections 459-461 of the companies act 1985*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, ed. by D. FELDMAN, F. MEISEL, Lloyd's of London Press 1996, p. 79.

2725 Civ., 28 juin 1943, D. 1945.120, note J.-P., qui affirme cependant que l'action *ut singuli* serait irrecevable car, à cette date, le résultat de l'action était affecté au patrimoine de l'actionnaire demandeur qui ne pouvait donc conclure que dans la mesure de son préjudice (dans le même sens : Civ., 12 octobre 1954, D. 1955. 697, note COPPER-ROYER, qui dans une hypothèse de liquidation amiable prive l'associé d'une SNC du bénéfice de l'action *ut singuli* au motif qu'il s'agit en l'espèce d'une action en nullité dont les effets ne peuvent être limités au seul demandeur ; Com., 16 octobre 1972, JCP. 1973, II, 17532, note N. BERNARD, l'arrêt a été rendu en application de la loi de 1867). L'affectation sociale de l'indemnité depuis 1966 devrait conduire à reconsidérer cette solution. Voir également D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éd. 1999, n° 233.

2726 Paris, 12 août 1892, S. 1897.1.186, à propos d'une demande en annulation d'une augmentation de capital, assortie d'une demande en dommages-intérêts. Voir J. PERROUD, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires. Etudes de jurisprudence française*, thèse Paris, Rousseau 1901, n° 66 sqq. Voir cependant Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 11^{ème} éd., Economica 2001, n° 463-1 ; Com., 16 octobre 1972, JCP. 1973, II, 17532, note N. BERNARD, qui a déclaré irrecevable l'action en annulation dirigée contre une décision prise par les dirigeants de la société au motif que les articles 17 et 39 de la loi de 1867 n'ouvrent qu'une action en dommages-intérêts. Il est vrai que le

raisons incitent à trancher en ce sens. La première résulte d'un arrêt du 21 janvier 1997. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait annulé une convention imposée à la société par sa société-mère à la suite d'un abus de majorité²⁷²⁷. Elle affirme ainsi l'existence d'un intérêt de la société à agir en nullité. La société apparaît donc comme victime de l'abus²⁷²⁸ : elle a un intérêt propre lésé par la décision majoritaire abusive et protégé par la voie prétorienne de l'annulation pour abus de majorité²⁷²⁹. L'action en nullité apparaît dans cet arrêt comme une action sociale. Cette observation ne suffit cependant pas pour conclure que l'action en annulation d'une décision abusive est une action sociale exercée individuellement par les associés. Il faut encore rappeler la raison d'être de l'action *ut singuli*. La justification avancée pour fonder la recevabilité de l'action *ut singuli* de manière générale, se retrouve ici. L'action de la société risque de ne pas être exercée par les dirigeants, qui sont dans la dépendance des associés majoritaires qui ont pris la décision contestée. Leur carence est palliée par l'intervention des associés minoritaires qui exerceront l'action sociale en nullité, comme ils pourraient exercer l'action sociale en responsabilité²⁷³⁰. Enfin, le demandeur peut n'avoir acquis la qualité d'actionnaire de la société qu'après la date de la délibération dont il poursuit l'annulation²⁷³¹. Il

fondement était certainement mal choisi. Rien n'interdit cependant de soutenir qu'une action en annulation est recevable sur le fondement du droit commun dès lors que l'action *ut singuli* n'est pas une institution exceptionnelle.

2727 Com., 21 janvier 1997, Droit et Patrimoine, avril 1997, p. 76, obs. J.-P. BERTREL ; JCP. G 1997, II, 22960, note F.-X. LUCAS ; JCP. E 1997, II, 965, note J.-J. DAIGRE ; D. 1998.64, note I. KRIMMER ; RS. 1997.527, note B. SAINTOURENS ; B. Joly 1997, § 125, note P. LE CANNU ; D. 1998, Somm. 181, obs. J.-C. HALLOUIN ; RJC. 1998.23, note E. PUTMAN. La demande en nullité portait non pas sur une décision collective mais sur la convention qui avait été imposée par un abus de l'associé majoritaire. Le raisonnement est valable a fortiori pour l'action qui porterait sur la décision collective. Il est impossible de dissocier les deux questions à ce stade : si la société a un intérêt à l'annulation de la convention, elle a nécessairement un intérêt à l'annulation de la décision collective qui en a permis la conclusion.

2728 Voir en sens contraire M. JEANTIN, *Droit des Sociétés*, 3^{ème} éd., collection Domat-Droit privé, Montchrestien 1994, n° 553.

2729 Cela explique inversement que l'action dirigée contre la société est irrecevable : Com., 6 juin 1990, BC., IV, n° 171 ; B. Joly 1990, § 233, note P. LE CANNU ; RS. 1992.606, note Y. CHARTIER ; D. 1992.56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE.

2730 En l'absence de texte réglant le sort des dommages-intérêts éventuellement mis à la charge des majoritaires, la condamnation est limitée à l'intérêt du demandeur à l'action. La solution diffère donc sur ce point de l'action *ut singuli* en responsabilité dirigée contre les dirigeants de la société.

2731 Com., 4 juillet 1995, D. 1996.186, note J.-Cl. HALLOUIN ; RS. 1995.504, note P. LE CANNU ; JCP. 1995, II, 22560, note Y. GUYON ; B. Joly 1995, § 350, note J.-F. BARBIÉRI ; RTDCom. 1996.69, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; JCP. 1995, II, 3885, n° 8, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN. Voir J.-M. BISSILA, *L'évolution des conceptions*

est donc évident, dans ces conditions, qu'il ne peut s'agir d'une action individuelle.

868 Un fait pourrait pourtant encore faire douter de la qualification de l'action fondée sur l'abus de majorité. Lorsque la demande en annulation est assortie d'une demande de dommages-intérêts, la réparation du préjudice va aux associés minoritaires lésés²⁷³². Si l'action était une action sociale exercée *ut singuli*, le produit de l'action devrait aller à la société. Cependant, en présence d'un abus, il existe un risque de voir les dommages-intérêts accaparés par les majoritaires qui ont pourtant abusé de leur droit. Les juridictions américaines ont dans ce cas admis que les minoritaires devaient profiter directement de la condamnation. C'est une solution identique que les tribunaux français ont sagement adoptée.

869 L'action *ut singuli* permet-elle de poursuivre un tiers ou de conclure un contrat avec lui ? La question semble-t-il ne s'est jamais posée en jurisprudence²⁷³³. L'organisation des pouvoirs au sein de la société semble s'y opposer. S'il est permis de faire de l'associé un organe social subsidiaire, il n'est pas envisageable de lui permettre de se substituer à la direction en l'absence de risque de conflits d'intérêts. Si le dirigeant ne poursuit pas le tiers en paiement, il engage sa responsabilité et cela doit suffire à l'inciter à être diligent²⁷³⁴.

relatives à la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales des codifications napoléoniennes à nos jours, thèse dactyl., Orléans 1996, n° 1189.

2732 En ce sens : D. SCHMIDT, thèse précitée, n° 242 et n° 247 sqq.

2733 En ce sens : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n°563.

2734 Pour une solution plus nuancée : Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 564, qui admet l'action *ut singuli* dans toutes les situations fermées, c'est-à-dire celles où (par une simplification juridique) une seule décision efficiente est possible. On peut approuver cette idée sans être en accord sur l'application qui en est faite. La décision de poursuivre un débiteur en paiement n'est pas une décision fermée. La simplification juridique qui fait qu'une décision est considérée comme fermée ne saurait être poussée trop loin. De nombreux facteurs peuvent influencer la décision des dirigeants. Le droit admet parfois qu'il existe un intérêt à ne pas poursuivre le paiement d'une créance : M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Document 31, *Les abandons de créances*, 4^{ème} éd., Litec 1999, p. 420.

II La signification de l'action *ut singuli* au regard de la théorie de la personnalité morale

870 L'action *ut singuli* entraîne-t-elle une remise en cause de la personnalité morale ? Quelle est sa signification au regard de la théorie de la personnalité morale ? L'étude de cette institution est déterminante car l'exercice individuel d'une action sociale rend la distinction des intérêts moins nette que ne le prétendait la théorie traditionnelle. Elle n'implique cependant aucune négation de la personnalité morale. Elle se justifie parfaitement au regard de la conception de l'intérêt retenue jusqu'ici.

871 **La négation de la personnalité morale.** L'exercice individuel de l'action sociale a été interprété comme une atteinte à la personnalité morale de la société. L'action *ut singuli* serait une exception à la personnalité morale du groupement dont un membre exerce l'action sociale²⁷³⁵. La théorie de la fiction, notamment, l'explique par le fait que la fiction ne s'impose pas aux associés²⁷³⁶. L'explication est manifestement artificielle dans la mesure où la société n'est pas uniquement une création des associés et que les tiers sont aussi concernés par l'existence de la société²⁷³⁷. De plus, c'est une action sociale qui est exercée et non un droit propre du membre²⁷³⁸. La

2735 Voir la contestation de l'action *ut singuli* contenue dans le pourvoi (fondé sur une violation du principe de la personnalité des sociétés commerciales) qui a donné lieu à l'arrêt de la chambre de requêtes du 31 juillet 1895, DP. 1896.1.260 ; J. STOUFFLET, S. BETANT, *J.-Cl. Société, Traité*, Fasc. 150, n° 11. Voir également : J. FOYER, *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 113 sqq., spéc. n° 16 ; J. E. LABBÉ, note sous Req., 3 décembre 1883, S. 1885.1.97. ; G. CHESNÉ, *L'exercice ut singuli de l'action sociale dans la société anonyme*, RTDCom. 1962.347, n° 9, où est rappelé le lien entre l'admission de l'action *ut singuli* et la théorie de la fiction ; B. PETIT, Y. REINHARD, *Responsabilité civile des dirigeants*, RTDCom. 1997. 282, où l'action est présentée comme une exception aux règles de la représentation des sociétés ; B. DONDÉRO, *Les groupements sans personnalité juridique en droit privé*, thèse dactyl., Paris X 2001, n° 304, sur le caractère exceptionnelle de l'action *ut singuli*. Voir également à propos de l'action individuelle, la doctrine américaine : D. KATES, *Derivative v. Individual Actions in Close Corporation Context : Crosby v. Beam*, University of Cincinnati Law Review, Fall 1990, p. 643, spéc. p. 652, selon qui la recevabilité de l'action individuelle au sein des sociétés fermées exercée contre un autre associé ou un dirigeant « ignore le principe fondamental selon lequel une société est une entité juridique séparée, distincte de ses associés ».

2736 Sur ce point : G. CHESNÉ, *L'exercice « ut singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, RTDCom. 1962.347, n° 9.

2737 En ce sens : G. CHESNÉ, *ibid.* ; J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de société par actions*, Bibl. dr. com. t. 27, Sirey 1974, n° 10 et n° 12 sq.

2738 En ce sens : B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 254.

théorie de la fiction apparaît à nouveau impuissante à expliquer un phénomène pourtant remarquable dans le droit de la personnalité morale. La théorie de la remise en cause de la personnalité perd alors son principal soutien théorique. En réalité, on peut constater qu'elle ne repose pas sur un fondement très solide. En effet, la théorie de la négation ne peut prospérer qu'à l'ombre de la théorie de la variabilité. L'action *ut singuli* ne pourrait être recevable dans tous groupements personnifiés, car elle serait une exception à la personnalité morale. Elle n'existerait donc que si une disposition légale la prévoit²⁷³⁹. Elle n'existerait donc pas dans tous les groupements : la personnalité morale serait alors variable en fonction de l'admission ou non de l'action *ut singuli*. La critique adressée à la théorie de la variabilité atteint indirectement la théorie de la négation. En définitive, sur ce point, comme sur de nombreux autres, la querelle de la réalité et de la fiction doit être dépassée car elle ne fournit aucun élément de réponse satisfaisant²⁷⁴⁰.

872 Une dernière critique peut être adressée à la théorie de la négation de la personnalité morale. Elle n'est guère cohérente. Il semble, en effet, qu'aujourd'hui l'action *ut singuli* soit considérée comme une manifestation de cette personnalité morale, qu'elle méconnaît par ailleurs. Le débat relatif à son admission dans le droit des entreprises en difficultés est révélateur de ce changement²⁷⁴¹. Dans une conception traditionnelle, la personnalité morale est écartée par l'action *ut singuli*. Plus récemment, la doctrine a refusé le bénéfice de l'action *ut singuli* aux créanciers d'un débiteur en difficulté, au motif que depuis la disparition de la masse, la collectivité des créanciers est dépourvue de personnalité morale. Il y a un paradoxe à ne pas admettre une action qui nie une personnalité que l'on ne reconnaît pas. En définitive, il semble préférable de rechercher une interprétation de l'action *ut singuli* qui s'intègre dans le cadre d'une théorie juridique cohérente de la personnalité morale, une théorie

2739 Sur le caractère exceptionnel de l'action *ut singuli* et la nécessité d'une habilitation : Y. DESDEVICES, *J.-Cl. Procédure civile*, n° 100.

2740 Voir J. PERROUD, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires. Etudes de jurisprudence française*, thèse Paris, Rousseau 1901, n° 103.

2741 Voir le débat récent relatif à la survie de l'action *ut singuli* en droit des procédures collectives depuis 1985 autour de l'arrêt de la chambre commerciale du 3 juin 1997 : JCP. E 1997, II, 988, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; D. Affaire. 1997.833 ; JCP. G 1998, I, 111, n°15, obs. M. CABRILLAC ; D. 1997.517, note F. DERRIDA ; *Petites affiches*, 30 janvier 1998, p.22, note G. A. LIKILIMBA. Voir également G. A. LIKILIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté. Recherche d'une approche global*, Bibl. dr. de l'entreprise n° 36, Litec 1998, n° 494 ; O. STAES, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse dactyl., Toulouse I 1995, n° 370.

dans laquelle elle apparaît, non plus comme une exception, mais comme inhérente à la personnalité morale.

873 **Fondement de l'action *ut singuli*.** La jurisprudence a peut-être été moins défavorable qu'on ne le dit à l'action *ut singuli*²⁷⁴². Elle n'est sans doute pas une exception dont il conviendrait de limiter le domaine. Elle a une raison d'être qui dicte son étendue et qui n'est pas nécessairement sans cohérence avec l'essence de la personnalité morale. Le fondement de l'action *ut singuli* se trouve dans l'idée que « la multiplication des groupements dans le droit moderne... exige en contrepartie que l'intérêt que les membres du groupement ont à son bon fonctionnement et à sa prospérité, soit mieux protégé que par le passé, alors surtout que l'intégration des individus dans le groupement est souvent rendue obligatoire par la loi »²⁷⁴³. Si la finalité de l'action *ut singuli* est d'assurer la sauvegarde des droits des membres du groupement²⁷⁴⁴, on a exclu toute remise en cause de la personnalité morale. Comment, alors, fonder en droit l'institution ? On a tenté de l'expliquer aussi par la théorie du double mandat. L'associé a donné mandat à la société de gérer le fond social et la société a donné elle-même mandat aux dirigeants²⁷⁴⁵. La difficulté tient alors à ce que la source du pouvoir de représentation est souvent légale et non conventionnelle²⁷⁴⁶. La difficulté est plus apparente que réelle si l'on admet une définition plus large de la représentation que celle que l'on admet d'ordinaire.

874 Plutôt que de voir dans l'action *ut singuli* l'expression d'un droit propre, il est possible d'y voir un pouvoir appartenant à la société. Il ne peut s'agir d'une action oblique car il est difficile sinon impossible de voir dans l'associé, un créancier de la société²⁷⁴⁷. Certains auteurs ont pensé que l'associé agissait en qualité de gérant d'affaire²⁷⁴⁸. Ce qui n'est guère concevable, dans la mesure où la

2742 En ce sens : R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix-Marseille 1955, n° 154.

2743 R. GASSIN, thèse précitée, n° 155.

2744 En ce sens : B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 261.

2745 Proposé par J. PERROUD, note sous Nancy, 23 juin 1906, S. 1908.2.137. Sur ce critère : G. CHESNÉ, *L'exercice « ut singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, RTDCom. 1962.347, n° 11 sq. ; J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de société par actions*, Bibl. dr. com. t. 27, Sirey 1974, n° 9.

2746 Voir G. CHESNÉ, article précité, n° 11 sq.

2747 Voir J. PERROUD, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires. Etudes de jurisprudence française*, thèse Paris, Rousseau 1901, n° 73. En sens contraire : A. CONSTANTIN, note sous Crim., 12 décembre 2000, RS. 2001.323.

2748 Voir G. CHESNÉ, article précité, n° 17.

gestion d'affaire n'est pas reconnue en procédure civile²⁷⁴⁹. Il peut enfin être investi d'une fonction légale de défense des intérêts de la société²⁷⁵⁰. Sa mission est alors de pallier la carence des dirigeants sociaux pour défendre l'intérêt social qui se confond avec le sien²⁷⁵¹. L'idée est juste et n'est pas incompatible avec celle de représentation. Mais, au lieu de faire de la société un représentant de l'associé, il est préférable de renverser la relation et de considérer que l'associé représente la société. On se trouve alors en présence d'une combinaison de la représentation fiduciaire et de la représentation objective, selon la terminologie de Monsieur Philippe Didier²⁷⁵².

875 La notion d'intérêt est au cœur du débat²⁷⁵³. La distinction des intérêts individuels et de l'intérêt social apparaît cependant moins nette ici que dans la théorie traditionnelle de la personnalité morale. L'intérêt de la personne morale n'est plus considéré comme un intérêt transcendant aux intérêts des individus. Il est immanent aux intérêts individuels²⁷⁵⁴. Ce caractère de l'intérêt de la personne morale explique que lorsqu'on lui porte atteinte, l'intérêt des membres soit atteint également. Il n'y a là aucune remise en cause de la personnalité morale, mais uniquement une manifestation de la nature même de l'intérêt qui se trouve à son fondement. L'irrecevabilité de l'action *ut singuli* est une conséquence de la théorie de l'intérêt transcendant. Elle résulte d'une conception étroite du principe de séparation, qui néglige les phénomènes de transparence. L'admission de l'action *ut singuli* n'est pas une atteinte à la personnalité morale. Elle traduit, au contraire, la nature immanente de son intérêt par rapport aux intérêts individuels. La subsidiarité de l'action *ut singuli* et le sort des dommages-intérêts illustrent cette idée.

876 **La subsidiarité de l'action *ut singuli*.** L'action *ut singuli* est recevable en l'absence d'action des dirigeants légaux. Cette condition d'inaction des dirigeants s'apprécie au jour de

2749 Voir J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 500.

2750 Voir G. CHESNÉ, article précité, n° 18. On serait passé du pouvoir à la qualité en détachant le pouvoir de représentation du droit substantiel, en le rendant indépendant des conséquences qui lui sont ordinairement attachées. En ce sens : J. HÉRON, *L'apport du droit de l'entreprise au droit judiciaire privé*, in *Colloque du 25^{ème} anniversaire de la FNDE*, JCP. CDE 1997/2, p. 25 sqq., spéc. p. 28.

2751 Ibid.

2752 Sur cette combinaison : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n°539 sqq.

2753 En ce sens : Cl. GIVERDON, *L'action individuelle des membres d'un groupement*, JCP. 1955, I, 1244.

2754 Sur l'immanence de l'intérêt de la personne morale : voir ci-dessus, n° 357 sqq.

l'assignation²⁷⁵⁵. La minorité est un organe social subsidiaire selon la formule de Monsieur Schmidt²⁷⁵⁶. Cette subsidiarité est une nouvelle manifestation du lien qui unit l'action de la société et celle des associés. Il n'est cependant pas possible d'affirmer qu'un associé a, par sa seule qualité de membre de la société, un intérêt à agir. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait exclu que les actionnaires d'une société aient un intérêt à agir en nullité d'une émission d'obligations avec bons de souscription d'actions²⁷⁵⁷. Si la qualité d'actionnaire n'implique pas nécessairement l'existence d'un intérêt à agir, la Cour de cassation adopte cependant une conception large de la notion d'intérêt. L'action peut être fondée aussi bien sur un intérêt matériel (lié à la réparation d'une perte de chance de plus-value), que sur un intérêt moral (atteinte au crédit de la société). Il est permis d'ajouter une observation à celles déjà faites sur cet arrêt. Il semble que l'action était vouée à l'échec en raison de l'absence d'intérêt des actionnaires demandeurs. Ce défaut d'intérêt de l'associé s'explique par l'absence d'intérêt de la société elle-même à agir. Il est évident que les associés ne peuvent pas agir si la société dont ils exercent l'action n'est pas atteinte par l'acte critiqué²⁷⁵⁸. L'intérêt à agir de l'associé apparaît par conséquent étroitement lié à l'intérêt de la société. Il n'y a là rien de surprenant car l'intérêt social est immanent à l'intérêt des associés.

877 Le sort de l'indemnité. Le sort de l'indemnité obtenue par l'associé diligent a été débattu²⁷⁵⁹. Si l'on admet que l'associé exerce

2755 En ce sens : Voir J.-M. BISSILA, *L'évolution des conceptions relatives à la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales des codifications napoléoniennes à nos jours*, thèse dactyl., Orléans 1996, n° 1188 ; J. STOUFFLET, S. BETANT, *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 150, n° 20. La condition d'inaction est moins exigeante qu'une condition de carence. Pour un exemple : Paris 4 février 1994, B. Joly 1994, § 121, note M. PARIENTE, les organes de la société s'en étaient rapportés à la justice dans le cadre d'une action dirigée contre l'ancien président du conseil d'administration. L'annotateur rappelle que le cédant cède son droit d'action au cessionnaire qui peut agir. Voir cependant : Douai, 29 avril 1997, JCP. 1997, II, 22919, note J.-J. DAIGRE. Monsieur Daigre soutient qu'il faut relativiser la subsidiarité de l'action ut singuli : elle doit être recevable même en l'absence de carence des administrateurs légaux dès lors que leur action est manifestement insuffisante. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation : Crim., 12 décembre 2000, B. Joly 2001, § 131, note J.-F. BARBIÉRI ; RS. 2001.323, note A. CONSTANTIN.

2756 D. SCHMIDT, thèse précitée, n° 257 sqq.

2757 Com., 15 juillet 1992, JCP. 1992, I, 3612, obs. J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER ; RS. 1992.757, note P. LE CANNU ; B. Joly 1992, § 389 et 390, note J.-F. BARBIÉRI.

2758 En ce sens : R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix-Marseille 1955, n° 107 sqq.

2759 Voir G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN, L. VOGEL, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 1765.

l'action de la société, il faut en déduire que le montant de la condamnation doit rentrer dans le patrimoine de la société²⁷⁶⁰. La solution adoptée pour les sociétés commerciales dans la loi de 1966 a été généralisée en 1978 par l'article 1843-5 du Code civil. Antérieurement, l'absence de fondement juridique précis de l'action *ut singuli* avait conduit la jurisprudence à en limiter les effets à l'associé demandeur²⁷⁶¹. Certains juges avaient pourtant affecté le produit de l'action au patrimoine de la société²⁷⁶². La solution de principe présentait certainement des inconvénients lorsque la société était soumise à une procédure collective. Les associés avaient ainsi un moyen de s'approprier de manière définitive une somme qui aurait dû entrer dans le patrimoine de la société et devenir le gage de ses créanciers²⁷⁶³.

878 La solution actuelle peut apparaître étonnante à ceux qui estiment que l'action *ut singuli* est une exception à la personnalité morale dans la mesure où l'on en ferait abstraction au stade de la recevabilité pour l'introduire à nouveau pour l'affectation du résultat²⁷⁶⁴. Cependant elle est justifiée par le fait que le préjudice réparé est avant tout celui de la société, même s'il est aussi celui des associés en tant que membres du groupement. Cette solution respecte la finalité de l'action *ut singuli* tout en préservant les intérêts des tiers qui risqueraient d'être lésés par l'attribution du montant de l'indemnité à l'associé demandeur. Il n'est donc pas à craindre que la solution actuelle conduise la jurisprudence à une conception extensive de l'action individuelle²⁷⁶⁵. Il est même permis de penser que de

2760 Voir G. CHESNÉ, *L'exercice « ut singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, RTDCom. 1962.347, n° 28.

2761 L'indemnité est affectée au patrimoine du demandeur : Paris, 16 avril 1870, DP. 1870.2.121 ; Req. 9 juin 1874, DP. 1876.1.387 ; Nancy, 23 juin 1906, S. 1908.2.137, note J. PERROUD. L'action d'un associé en réparation de l'entier préjudice est donc irrecevable dans cette perspective : Civ., 12 août 1890, DP. 1890.1.457 ; Annales de droit commercial 1890.2.200, note Ed. THALLER. Voir également J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de société par actions*, préf. P. BONNASIÉS ; Bibl. dr. com. t. 27, Sirey 1974, n° 147 ; R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préf. R. PERCEROU, avant-propos Cl. CHAMPAUD, Bibl. dr. de l'entreprise, Librairie technique 1975, n° 533 sq.

2762 Lyon, 28 janvier 1890, DP. 1892.2.33, note A. BOISTEL.

2763 Com., 4 août 1952, JCP. 1952, II, 7180, note P. LESCOT. Comparer avec Paris, 6 mai 1885, DP. 1886.2.25, note Ed. THALLER, Thaller soutient dans sa note que l'ouverture d'une procédure collective ne doit pas modifier l'exercice de l'action *ut singuli*, P. Lescot dans la note précitée soutient le contraire au motif que les associés ne peuvent priver les créanciers du produit de l'action.

2764 En ce sens : J. STOUFFLET, S. BETANT, *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 150, n° 45.

2765 On aurait pu craindre la libéralité de la jurisprudence. La Cour de Paris a, ainsi, parfois admis la recevabilité d'actions d'actionnaires alors que le lien de causalité était très lâche : Paris, 19 janvier 1996 et 15 décembre 1995, RTDCom. 1997.282,

nombreuses actions utiles ne sont pas introduites dans la mesure où l'associé supporte directement les coûts pour un profit indirect. Parfois, l'action ne sera pas exercée par crainte de voir le dirigeant détourner l'indemnité accordée à la société dont il continue à assurer la gestion²⁷⁶⁶. Le débat sur le sort du résultat de l'action et les solutions dégagées illustre à nouveau l'immanence de l'intérêt de la personne morale. La recevabilité de l'action *ut singuli* est certes un phénomène de transparence mais elle ne remet pas en cause la personnalité morale. C'est bien la société qui bénéficie de l'action exercée individuellement par ses membres.

879 Conclusion. On retrouve en matière d'action *ut singuli* les mêmes mouvements qu'en matière d'action directe²⁷⁶⁷. On a d'abord appliqué un texte de loi dont la jurisprudence a tiré une solution que la lettre n'imposait pas²⁷⁶⁸. La loi est intervenue, ensuite, pour trancher un certain nombre de problèmes incitant les auteurs à affirmer la nature exceptionnelle et légale de l'action. Verra-t-on un jour une ère de la doctrine qui libérera le débat de son carcan légaliste ? Une juste compréhension de l'action dans le cadre d'une théorie cohérente de la personnalité morale devrait contribuer à faire avancer cette idée. Il est probable que le domaine de l'action *ut singuli* s'étendra au-delà de ses limites actuelles. Avant d'appeler de ses vœux un tel changement, il est nécessaire cependant de savoir quand l'action *ut singuli* est réellement souhaitable. L'étude de l'action *ut singuli* en dehors du domaine du droit des sociétés permettra de préciser la notion pour en déterminer les contours exacts.

obs. B. PETIT et Y. REINHARD, *Responsabilité des dirigeants*.

2766 Sur le risque de détournement : B. LE BARS, *Les associations de défense des actionnaires et d'investisseurs*, thèse dactyl., Paris I 1998, n° 576, qui propose d'attribuer de manière exceptionnelle les dommages-intérêts à l'actionnaire qui a mis en œuvre l'action sociale. Cette proposition ne vaut cependant que *de lege ferenda*.

2767 Voir Chr. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. GHESTIN, *Bibl. dr. priv.* n° 215, LGDJ 1991, spéc. n° 151 sqq., où l'auteur se livre à un très convaincant essai d'épistémologie juridique.

2768 Article 17 de la loi de 1867.

§ 2 L'extension de l'action *ut singuli*

880 En dehors du droit des sociétés, l'admission de l'action *ut singuli* a été très discutée. Le débat a souvent été obscurci par une formulation défectueuse du problème. L'étude de l'exercice individuel de l'action collective dans la collectivité des créanciers, dans le syndicat des copropriétaires et dans quelques autres institutions fera apparaître ces difficultés. On verra à cette occasion que l'extension de la solution retenue en droit des sociétés pour d'autres institutions ne rencontre aucun obstacle sérieux.

881 L'action *ut singuli* en droit des procédures collectives. La question de la recevabilité de l'action *ut singuli*²⁷⁶⁹ en matière de procédure collective n'a été posée qu'à partir du milieu des années soixante-dix. L'origine du débat se trouve dans la jurisprudence Laroche, qui a admis l'action du syndic contre un créancier dans la masse, qui avait accordé au débiteur des crédits abusifs²⁷⁷⁰. Dès lors se posait la question de savoir si les créanciers disposaient de recours en cas d'inaction du syndic. C'est cette action que l'on a qualifiée d'action *ut singuli*. La disparition proclamée de la masse en 1985 aurait pu faire penser que la disparition du groupement, dont les créanciers exerçaient les droits, avait condamné l'action *ut singuli* des créanciers²⁷⁷¹. Au contraire, on pouvait prétendre que les créanciers avaient « un accès encore plus direct... aux actions qui leur appartiennent »²⁷⁷². « La seule objection forte », selon Messieurs Derrida, Godé et Sortais et Madame Honorat²⁷⁷³, que l'on peut opposer à l'admission des actions individuelles réside dans la destination collective des sommes recouvrées. En réalité, elle semble ne pas être la seule objection. Reprenons brièvement les éléments du débat.

882 La suspension des poursuites entraîne pour le créancier une perte de qualité pour agir²⁷⁷⁴. On a écrit que l'ouverture d'une procédure collective manifestait aujourd'hui « le triomphe de l'ordre collectif »²⁷⁷⁵. Cependant l'action individuelle n'est pas complètement exclue. L'action oblique et l'action paulienne sont deux actions que

2769 Ou du moins d'une action que l'on a qualifiée *ut singuli*.

2770 Voir ci-dessus, n° 309 sq.

2771 Sur le problème voir : F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises* avec la participation de A. HONORAT, 3^{ème} éd., Dalloz 1991, n° 515.

2772 Ibid.

2773 Ibid.

2774 R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix-Marseille 1955, n° 160.

2775 J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. priv. n° 149, LGDJ 1977, n° 219.

l'on peut qualifier d'actions individuelles à incidence collective²⁷⁷⁶. L'action oblique a parfois été déclarée recevable²⁷⁷⁷. Mais elle le sera rarement²⁷⁷⁸. La réponse est sans doute également positive en matière d'action paulienne²⁷⁷⁹. Deux obstacles existent cependant à l'admission de ces actions. D'une part, le monopole du représentant des créanciers semble s'opposer de manière générale à toute action individuelle²⁷⁸⁰. L'argument mérite d'être pris en considération, même si ce n'est pas le monopole « d'action du représentant des créanciers qui gouverne la recevabilité des actions personnelles à incidence collective mais la finalité de la procédure »²⁷⁸¹. D'autre part, l'affectation collective du résultat des actions paraît incompatible avec la relativité de l'action paulienne²⁷⁸². En faveur de la recevabilité de l'action paulienne, on peut invoquer son fondement. Elle sanctionne une fraude, ce qui autorise à faire exception à la règle de l'affectation collective de l'article L. 621-39 du Code de commerce²⁷⁸³. Le problème que l'on examinera ici porte sur une autre action. Il s'agit de savoir si un créancier peut mettre en œuvre une action collective.

883 Une première observation s'impose alors. Ce que l'on appelle couramment action *ut singuli* en matière de procédures collectives ne correspond pas à la définition dégagée en droit des sociétés. En effet le débat en matière de procédures collectives a essentiellement porté sur la recevabilité de l'action exercée individuellement par un créancier contre un tiers responsable d'un préjudice collectif. Peut-on soutenir aujourd'hui qu'un associé a le droit d'agir contre un débiteur de la société en cas de carence des dirigeants ? Monsieur Gassin avait soutenu cependant que l'utilisation de l'expression *ut singuli* pour désigner les actions en responsabilité contre les dirigeants sociaux était trop étroite²⁷⁸⁴. Henri et Léon

2776 En ce sens : O. STAES, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse dactyl., Toulouse I 1995, n° 359 sqq.

2777 Paris, 13 mars 1998, RPC. 1999.120, obs. Fr. MACORIG-VENIER ; JCP. E 1999, p. 621, note V. DUBOEUF-HILD ; RJDA 8-9/98, n° 1005.

2778 obs. Fr. MACORIG-VENIER, précitées.

2779 Sur le problème de l'effet collectif de l'action paulienne : O. STAES, thèse précitée, n° 343.

2780 En faveur de la recevabilité de l'action paulienne et de l'action oblique : O. STAES, thèse précitée, n° 363 sq.

2781 Ibid.

2782 En faveur de l'effet collectif de l'action paulienne : O. STAES, thèse précitée, n° 366.

2783 En ce sens : M. DE JUGLART, B. IPPOLLITO, *traité de droit commercial*, t. 6, *Procédures collectives de paiements*, 3^{ème} éd. entièrement refondue par E. KERCHOVE, Montchrestien 1998, n° 527.

2784 R. GASSIN, thèse précitée, n 94, p. 113, et n° 158.

Mazeaud avaient également contesté les termes classiques du débat²⁷⁸⁵. Ils regrettaient que la question soit limitée aux seules actions engagées contre les dirigeants de sociétés commerciales alors que tout type de groupements peut être atteint de la même manière lorsque le fait dommageable émane d'un tiers²⁷⁸⁶. La jurisprudence est restée sourde à ces illustres sollicitations et a écarté toute action d'un actionnaire contre un tiers dont les actes auraient causé un préjudice à la société²⁷⁸⁷. La Cour de cassation a ainsi affirmé que, sauf à méconnaître la règle « nul ne plaide par procureur », une société mère ne peut pas se substituer à sa filiale pour intenter en ses lieux et place une action judiciaire visant à la réparation d'un préjudice personnel prenant sa source dans le préjudice subi par cette seule filiale²⁷⁸⁸.

884 Pour justifier la recevabilité de l'action d'un créancier contre un tiers on pouvait avancer l'idée selon laquelle le créancier exerçait non l'action collective mais une action personnelle, non suspendue par l'ouverture²⁷⁸⁹. Aujourd'hui encore cet argument pourrait être avancé car l'ouverture d'une procédure collective ne suspend pas les actions des créanciers contre les tiers²⁷⁹⁰. Certains auteurs ont ainsi soutenu que l'action dite *ut singuli* était toujours recevable²⁷⁹¹. Si cette solution reste envisageable, c'est indépendamment de toute prise de position quant à la personnalité de la collectivité des créanciers. Il s'agirait

2785 H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 4^{ème} éd., Sirey 1949, n° 1878-2. Voir également J.-M. CALENDINI, *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, thèse dactyl., Paris II 1983, n° 311 sqq., qui adopte une conception large de la notion d'action *ut singuli*.

2786 Ibid.

2787 Certaines décisions de juges du fond ont reçu des actions de ce type en les qualifiant d'actions obliques : Besançon, 5 juillet 1962, GP. 1962, II, 213, obs. R. RODIÈRE. Cette solution est critiquable dans la mesure où elle implique que l'associé est créancier de la société ce qui est loin d'être acquis. La nature même de la société en tant que contrat organisation semble s'opposer à cette idée (voir également J. E. LABBÉ, note sous Req., 3 décembre 1883, S. 1885.1.97). Voir également : Req., 2 juillet 1934, S. 1935.1.49, note H. ROUSSEAU, qui a admis la recevabilité de l'action d'un associé qui demandait la réintégration de biens sociaux dans la masse de liquidation d'une société annulée. Les circonstances de l'espèce (la société était nulle) ne permettent de tirer aucune conclusion de cette décision.

2788 Voir encore récemment Com., 18 mai 1999, JCP. 1999, I, 162, n° 11, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN Dr. Soc. 1999, Comm. 127, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 2000.123, obs. critiques Cl. CHAMPAUD.

2789 Car dirigée contre un tiers et non contre le débiteur. Voir en ce sens : O. STAES, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse dactyl., Toulouse I 1995, n° 348.

2790 L'article 55 alinéa 2 de la loi de 1985 dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994 prévoit une exception en faveur de la caution personne physique.

2791 En ce sens : O. STAES, thèse précitée, n° 365.

d'une action personnelle que les créanciers pouvaient exercer avant la procédure et qu'ils continueraient à pouvoir mettre en œuvre après. Il ne s'agirait pas d'une action *ut singuli* qui est une action collective exercée individuellement et non une simple action individuelle.

885 Critère de distinction de l'action collective et de l'action personnelle²⁷⁹². Le critère se trouve dans la nature du préjudice, comme en droit des sociétés. Selon Monsieur Staes « le préjudice collectif se mesure à la finalité de l'action de masse qui est de rechercher le dividende le plus élevé »²⁷⁹³. Seul serait collectif le préjudice qui découle du défaut de paiement, ce qui exclut le préjudice né de l'immobilisation de la créance²⁷⁹⁴. Si le créancier réussit à faire la preuve d'un préjudice distinct de celui de l'ensemble des créanciers, son action personnelle est recevable²⁷⁹⁵. La distinction du préjudice collectif et du préjudice individuel reste cependant difficile²⁷⁹⁶. Selon Monsieur Potiron, le critère de l'atteinte au gage commun doit être retenu. Si le gage commun est atteint, il s'agit d'une action *ut singuli*, sinon il s'agit d'une véritable action individuelle²⁷⁹⁷. Messieurs Derrida et Sortais proposaient de distinguer entre les actions simplement collectives et les actions purement collectives²⁷⁹⁸. Seules seraient recevables les actions *ut singuli* qui auraient leur origine dans le droit de créance et non celles inhérentes à la procédure²⁷⁹⁹.

886 Quelles sont les solutions retenues par la jurisprudence ? La notion de préjudice collectif est aujourd'hui définie de manière fort stricte par la Cour de cassation²⁸⁰⁰. Elle a nettement rejeté la recevabilité de l'action dite *ut singuli*²⁸⁰¹ dirigée contre une banque, dans un arrêt du 14 décembre 1999, au motif que le préjudice invoqué

2792 Sur ce point : O. STAES, thèse précitée, n° 338 sqq.

2793 O. STAES, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse dactyl., Toulouse I 1995, n° 354.

2794 O. STAES, thèse précitée, n° 355 sq., qui critique sur ce point l'arrêt Astre (AP., 9 juillet 1993, précité).

2795 M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les actions en responsabilité civile des créanciers*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté* ; Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien 1998, p. 11, n° 32. L'auteur cite l'exemple de la caution solvens.

2796 En ce sens : Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, n° 544, collection Droit fondamental, PUF. 1996.

2797 G. POTIRON, *Les actions de masse dans les procédures d'exécution collective*, thèse dactyl., Nantes 1983, p. 487.

2798 Note sous Com., 25 mai 1981, D. 1981.643.

2799 Dont l'action en comblement de passif et celle en nullité de la période suspecte.
2800 AP., 9 juillet 1993, JCP. 1993, II, 22122, conclusions M. JÉOL, note F. POLLAUD-DULIAN ; D. 1993.469, conclusions M. JÉOL, rapport M. DUMAS, note F. DERRIDA (le droit applicable était celui issu de la loi de 1967). Sur la notion de préjudice collectif : O. STAES, thèse précitée, n° 354 sqq.

avait atteint indistinctement tous les créanciers qui ont déclaré leur créance²⁸⁰². Un arrêt antérieur avait été interprété comme consacrant déjà cette solution²⁸⁰³. Cependant il n'était pas décisif. Il pouvait tout aussi bien être interprété comme une affirmation stricte du caractère subsidiaire de l'action *ut singuli*²⁸⁰⁴, dans la mesure où un organe de la procédure était intervenu pour reprendre l'instance introduite par un créancier. Surtout, il mettait en cause une action dite *ut singuli* et non une véritable action *ut singuli*. La Cour de cassation a également décidé que l'action en extension de la procédure n'était pas ouverte aux créanciers individuels, aux motifs que le préjudice subi par le créancier demandeur serait commun à l'ensemble des créanciers et que l'action exercée au nom et dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers n'est pas ouverte aux créanciers individuels²⁸⁰⁵. L'irrecevabilité des actions des créanciers dirigées contre des tiers semble acquise. Certains auteurs se sont cependant prononcés en faveur de la recevabilité de l'action dite *ut singuli*²⁸⁰⁶. L'irrecevabilité de telles actions assure pourtant le respect de la répartition des pouvoirs au sein de la collectivité des créanciers. Admettre qu'un membre puisse agir serait directement contraire au monopole du représentant des créanciers²⁸⁰⁷. La même idée justifie que l'on écarte

2801 La jurisprudence n'a jamais qualifié cette action d'action *ut singuli* : O. STAES, thèse précitée, n° 347.

2802 Com., 14 décembre 1999, D. 2000, AJ 90, note J. FADDOUL ; RTDCom. 2000.372, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET. On peut remarquer qu'il s'agissait de créanciers particuliers puisqu'il s'agissait d'associés de la société en difficulté.

2803 Com., 3 juin 1997, D. 1997.517, note F. DERRIDA ; JCP 1997, II, 988, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; JCP 1998, I, 111, obs. M. CABRILLAC, Ph. PÉTEL ; Dalloz Affaires 1997.833 ; PA. 30 janvier 1998, p. 22, note G.-A. LIKILIMBA ; RDBB 1997.175, n° 5, note M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI.

2804 En ce sens : M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les actions en responsabilité civile des créanciers*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté* ; Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien 1998, p. 11, n° 35. La subsidiarité de l'action dite *ut singuli* était admise avant la réforme de 1985 : Com., 3 février 1982, D. 1982.872, note J.-P. SORTAIS ; GP. 9-10 juillet 1982, p. 2, note J. DUPICHOT.

2805 Com., 16 mars 1999, D. Aff. 1999.635, note A. L. : JCP. 1999, I, 177, n° 2, obs. M. CABRILLAC, Ph. PÉTEL ; D. 1999, Somm. 349, obs. A. HONORAT ; Droit et Patrimoine juillet-août 1999, p. 93, note M.-H. MONSÉRIÉ-BON. Voir en sens contraire : O. STAES, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse dactyl., Toulouse I 1995, n° 361.

2806 En ce sens : M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les actions en responsabilité civile des créanciers*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté* ; Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien 1998, p. 11, n° 43.

2807 Article 46 de la loi du 25 janvier 1985 (l'article 13 de la loi de 1967 était rédigé en termes comparables et n'avaient pas fait obstacle à la recevabilité de l'action dite *ut singuli* mais la solution était contestée) : G. POTIRON, *Les actions de masse dans les procédures d'exécution collective*, p. 164 sqq., thèse dactyl., Nantes 1983). Voir

l'irrecevabilité de ce type d'actions dans la masse des obligataires²⁸⁰⁸. La recevabilité de ces actions dites *ut singuli* ne nuit pas à la protection des membres du groupement car il n'existe aucun obstacle à l'action du représentant légal de la collectivité des créanciers. En cas d'inaction, l'organe défaillant s'expose à une action en responsabilité. C'est alors que pourra se présenter la question de la recevabilité d'une véritable action *ut singuli*.

887 Pour soutenir que toute action *ut singuli* est devenue irrecevable depuis la loi de 1985, on a avancé un argument de type exégétique. Si avant la loi de 1985 le syndic avait pouvoir d'agir au nom de la masse qui avait qualité pour agir, depuis 1985 la qualité s'apprécie en la personne du représentant des créanciers et non en celle d'une personne morale portée disparue²⁸⁰⁹. Devenue une action attitrée du représentant des créanciers, l'action collective ne pourrait plus être exercée par une autre personne que lui²⁸¹⁰. L'argument est subtil, sans doute trop subtil car il suppose acquise la disparition de la personnalité morale du groupement des créanciers. La solution n'est peut être pas si différente de ce qu'elle était avant la réforme de 1985, dans la mesure où la collectivité des créanciers, personne morale, pourrait avoir qualité pour agir comme l'ancienne masse. Le représentant des créanciers aurait qualité pour agir au nom de la collectivité comme un dirigeant de société agit *ès qualité*. Il n'est donc pas exclu que certaines actions *ut singuli* aient survécu à la réforme de 1985. Ce sont essentiellement des actions en responsabilité dirigées contre des organes de la procédure.

888 La responsabilité des organes de la procédure. Il est fréquent chez les auteurs de relever que face à l'inaction de leur représentant, les créanciers peuvent agir contre lui en responsabilité²⁸¹¹. C'est alors d'une véritable action *ut singuli* qu'il s'agit. C'est même la seule action en responsabilité exercée *ut singuli* que l'on peut admettre. La position de la jurisprudence est cependant

également : M.-A. RAKOTOVAHINI, *L'intérêt collectif des créanciers obstacles au droit de créance individuel*, PA. 27 décembre 1999, p. 6 ; O. STAES, thèse précitée, n° 371 sqq.

2808 Voir les obs. de M. Vidal sous Com., 15 juin 1999, Dr. Soc. 1999, Comm. 169.

2809 En ce sens : O. STAES, thèse précitée, n° 372.

2810 En ce sens : O. STAES, thèse précitée, n° 372 sq.

2811 Voir notamment M. DE JUGLART, B. IPPOLLITO, *traité de droit commercial*, t. 6, *Procédures collectives de paiements*, 3^{ème} éd. entièrement refondue par E. KERCHOVE, Montchrestien 1998, n° 527 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les actions en responsabilité civile des créanciers*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien 1998, p. 11, n° 48.

assez confuse²⁸¹². L'irrecevabilité de l'action des créanciers était considérée comme acquise avant la réforme de 1985. Plusieurs décisions semblaient avoir tranché en ce sens²⁸¹³. Certaines ne tranchaient pas la question de la recevabilité de l'action collective exercée individuellement, mais celle de la juridiction compétente pour connaître de l'action personnelle, *a priori* recevable, en responsabilité dirigée contre le syndic. D'autres décisions se fondaient sur le motif discuté que le syndic ne représentait que la masse et non les créanciers²⁸¹⁴. Les juges rappelaient parfois qu'il est toujours possible de demander la révocation du représentant des créanciers, puis d'attendre que le nouveau mandataire agisse²⁸¹⁵. Cependant la juridiction saisie d'une demande de révocation appréciera le bien fondé de la demande en tenant compte des fautes éventuelles du mandataire en cause. Si elle préjuge, pourquoi ne pourrait-elle pas juger définitivement en tirant toutes les conséquences des fautes constatées ? Les créanciers et la justice gagneraient ainsi du temps, si une seule action permettait de révoquer et d'engager la responsabilité.

889 Aujourd'hui, cependant, l'inaction du représentant de créanciers peut cependant ne pas être sanctionnée dès lors qu'un autre organe de la procédure aura agi efficacement²⁸¹⁶. Cela doit réduire, en pratique, les situations dans lesquelles la carence du représentant des créanciers sera dommageable.

890 La jurisprudence récente n'a pas tranché clairement la question²⁸¹⁷. Le 12 novembre 1997, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé « qu'un créancier dans la masse ne pouvait poursuivre une action en responsabilité contre le syndic que s'il

2812 Agen, 21 novembre 1990, Dr. Soc. 1991, Comm. 427, qui déclare irrecevable l'action *ut singuli* en responsabilité dirigée contre le syndic au motif qu'une telle action ne peut être dirigée que contre un tiers et que le syndic n'est pas un tiers, alors que c'est exactement le contraire qui est juste. L'étude du droit des sociétés a fait apparaître que la véritable action *ut singuli* était dirigée contre les dirigeants, qui ne sont pas des tiers à la société et aux associés.

2813 Com., 9 juillet 1979, BC., IV, n° 228 ; Com., 18 octobre 1982, BC., IV, n° 315. Voir B. SOINNE, obs. sous Com., 12 novembre 1997, RPC. 1998.199, n° 43 et sous Com., 31 janvier 1995, RPC. 1996.422, n° 34, qui ont statué sous l'empire de la loi de 1967.

2814 Colmar, 20 octobre 1982 et Com., 31 janvier 1983, D. 1984, IR. 15, obs. F. DERRIDA.

2815 Colmar, 20 octobre 1982, précité.

2816 Le représentant des créanciers est cotitulaire des actions avec les autres organes de la procédure. Voir F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises* avec la participation de A. HONORAT, 3^{ème} éd., Dalloz 1991, n° 516 (article L. 624-6 du Code de commerce).

2817 Voir B. SOINNE, *Traité des procédures collectives. Commentaires des textes. Formules*, 2^{ème} éd. avec la collaboration de E. KERCHOVE, Litec 1995, n° 955.

justifiait d'un préjudice personnel particulier, lequel ne saurait être le simple non paiement de sa créance qui n'est que l'expression personnelle du préjudice subi par la masse... »²⁸¹⁸. Le 31 janvier 1995, la même formation de la Cour de cassation a jugé qu'« un créancier dans la masse, lorsqu'il a été procédé au remplacement du syndic..., n'est recevable à agir en responsabilité contre l'ancien syndic, en réparation de sa quote-part du préjudice collectif résultant de l'insuffisance des répartitions que si le nouveau syndic n'exerce pas lui-même contre son prédécesseur l'action en dommages-intérêts »²⁸¹⁹. Elle a précisé également que « la recevabilité de l'action du créancier n'est pas subordonnée à la présentation par ce dernier d'une demande en remplacement du syndic qu'il entend assigner, ni au rejet de cette requête ». A lire ces décisions, on pourrait penser que l'action *ut singuli* est recevable en présence d'un préjudice personnel particulier qui serait réparé par l'octroi de dommages-intérêts aux créanciers demandeurs. La réalité est sans doute plus complexe. Il semble d'une part que dans ces arrêts, l'objet de l'action n'était pas, en réalité, celui d'une véritable action *ut singuli*²⁸²⁰. Volontairement, ou par erreur, la demande tendait à l'octroi de dommages-intérêts au profit du créancier et non au profit de la masse. Ces arrêts ont été rendus d'autre part sous l'empire de la loi de 1967. Or, le débat a été renouvelé par la loi de 1985. Ce n'est pas tant la prétendue disparition de la masse qui change les données du problème, que le caractère davantage collectif des procédures.

891 Quel serait alors le sort des dommages-intérêts recueillis ? D'ordinaire, les sommes recouvrées grâce à l'exercice des actions collectives « entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées selon les modalités prévues pour l'apurement du passif »²⁸²¹. Le résultat profite à celui dont l'action est exercée et non à celui qui l'exerce²⁸²². Elles sont destinées à permettre la poursuite de l'activité afin, imagine-t-on, de désintéresser les créanciers²⁸²³. L'action en responsabilité dirigée contre le représentant des créanciers répond-t-

2818 Com., 12 novembre 1997, RPC. 1998.199, n° 43, obs. B. SOINNE.

2819 Com., 31 janvier 1995, RPC. 1996.422, n° 34, obs. B. SOINNE. Voir également TGI. Lyon, 22 juin 1990, RPC. 1991.467, obs. B. SOINNE.

2820 Com., 31 janvier 1995, précité ; Com., 12 novembre 1997, précité.

2821 Article L. 621-39 du Code de commerce.

2822 En ce sens : O. STAES, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse dactyl., Toulouse I 1995, n° 340.

2823 Voir F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises* avec la participation de A. HONORAT, 3^{ème} éd., Dalloz 1991, n° 518. Voir également : O. STAES, thèse précitée, n° 325 sq.

elle à cette finalité ? L'action *ut singuli* est une garantie de la loyauté et de la diligence du représentant des créanciers. Elle tend à réduire les risques d'agence²⁸²⁴ et par conséquent à permettre une meilleure exécution de sa mission par le représentant. Elle apparaît donc comme un moyen d'atteindre l'objectif assigné aux procédures collectives. Dans la mesure où cette mission doit bénéficier à tous, il est logique que le produit de l'action en responsabilité reçoive une affectation qui profite à tous. La solution n'est donc pas plus étonnante qu'en droit des sociétés²⁸²⁵. Elle reste tout à fait conforme à la finalité des procédures collectives. Il pouvait sembler envisageable, sous l'empire de la loi de 1967, de déclarer le créancier recevable à agir en responsabilité contre l'ancien syndic, en réparation de sa quote-part du préjudice collectif. Mais aujourd'hui, le caractère collectif des actions semble s'opposer à cette solution. S'il est « souhaitable que les créanciers puissent agir *ut singuli* en cas d'absence d'exercice de cette action par le nouveau mandataire désigné »²⁸²⁶, il est impossible d'attribuer les dommages-intérêts au créancier. Le créancier qui agirait, aujourd'hui, devrait demander la condamnation du représentant des créanciers à des dommages-intérêts, qui seraient affectés au paiement des créanciers et/ou à la continuation de l'activité²⁸²⁷. La demande qui tendrait au versement du résultat de l'action dans le patrimoine du créancier serait irrecevable. Réciproquement la preuve d'un préjudice personnel particulier ne serait plus nécessaire, dans la mesure où l'action exercée est l'action collective et non plus une action personnelle. Le préjudice invoqué est celui de la collectivité des créanciers.

892 Les actions en responsabilité ne sont cependant pas les seules recevables. Les solutions dégagées en matière de société peuvent être transposées pour les masses. L'action en nullité dirigée contre une décision d'un organe peut être qualifiée d'action *ut singuli*. L'action en changement du représentant des créanciers devrait être ouverte également aux créanciers²⁸²⁸, comme elle l'est aux salariés

2824 En ce sens : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 563.

2825 L'article L. 621-39 du code de commerce (relatif à la qualité pour agir du représentant des créanciers) peut être considéré comme une disposition équivalente à l'article 225-52 du même Code (relatif à l'action *ut singuli* en droit des sociétés).

2826 B. SOINNE, obs. sous Com., 12 novembre 1997, RPC. 1998.199, n° 43.

2827 Voir cependant Paris, 3 février 1998, RJDA. 4/98, n° 453, qui a accordé des dommages-intérêts à un créancier pour un préjudice qui semble avoir été collectif.

2828 Article L. 621-10 et L. 622-5 du Code de commerce

pour le remplacement de leur représentant²⁸²⁹. L'action en contestation de la qualité de créancier élevée par un autre créancier serait aussi une action *ut singuli*²⁸³⁰. La possibilité d'agir pour sa part et à son profit a surpris certains auteurs, alors que le principe est que l'action est exercée pour le tout et au profit de la personne morale²⁸³¹. L'effet de ces actions est cependant collectif car le résultat profite à tous, même s'il n'est pas financier.

893 L'intérêt de la collectivité des créanciers est un intérêt immanent. Les créanciers peuvent agir au nom de la collectivité sans qu'aucune incompatibilité avec la reconnaissance de la personnalité morale ne s'y oppose. L'opinion contraire résulte d'une conception étroite de la personnalité morale. L'argument que l'on prétend tirer de l'absence de mandat entre les créanciers et le représentant des créanciers était déjà discutable avant 1985. Il est aujourd'hui insoutenable. Le nom même de l'organe exprime clairement la nature des liens qui unissent la collectivité des créanciers et leur représentant.

894 **L'action *ut singuli* dans la masse des obligataires.** L'action *ut singuli* est-elle possible dans la masse des obligataires ? Les obligataires peuvent poursuivre la nullité d'une décision de leur assemblée générale, de la même manière que les créanciers d'un débiteur soumis à une procédure collective²⁸³². Peuvent-ils également agir *ut singuli* en responsabilité²⁸³³ ? Les commentateurs de l'arrêt de la chambre commerciale du 15 juin 1999²⁸³⁴ ont parfois considéré que le monopole du représentant de la masse des obligataires impliquait l'irrecevabilité de l'action *ut singuli*²⁸³⁵. Cette déduction est parfaitement juste en ce qui concerne les actions dites *ut singuli*, c'est-à-dire celles dirigées contre des tiers par les membres d'un groupement. Elle semble moins pertinente pour les véritables actions *ut singuli*. Le monopole du représentant de la masse des obligataires

2829 Article L. 621-10 du Code de commerce.

2830 En ce sens : B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 249

2831 Voir B. OPPETIT, thèse précitée, p. 255 sqq.

2832 Com., 13 juin 1995, JCP. E 1995, II, 712, note Y. GUYON ; RS. 1995.736, note P. DIDIER.

2833 La responsabilité civile des représentants de la masse des obligataires n'est pas organisée par la loi de 1966. Elle relève du droit commun de la responsabilité civile.

2834 Com., 15 juin 1999, Dr. Soc. 1999, Comm. 169, note, D. VIDAL ; RS. 1999.640, note Y. GUYON ; Banque Magazine septembre 1999, n° 606, p. 72, obs. J.-L. GUILLOT ; B. Joly 1999, § 216, note Ph. MERLE ; PA. 3 novembre 1999, n° 219, p. 16, note J.-L. COURTIER.

2835 En ce sens : D. VIDAL et Y. GUYON, notes précitées.

ne saurait créer une immunité en faveur de cet organe. Il est certes possible de révoquer un représentant²⁸³⁶. Le successeur pourra alors engager la responsabilité de celui dont il prend la place. La voie semble cependant longue et contournée. La recevabilité de l'action *ut singuli* contre un représentant en fonction est une solution bien plus efficace.

895 La même nécessité de réduire les risques de déloyauté ou de négligence que l'on rencontre en droit des sociétés et en matière de procédures collectives conduit à affirmer la recevabilité de l'action *ut singuli* contre les représentants de la masse des obligataires. Les auteurs qui pensent que l'action *ut singuli* est exclue après l'arrêt du 15 juin 1999 admettent cependant la recevabilité des actions en responsabilité contre le représentant fautif. En définitive il est permis de dire que seule l'action dite *ut singuli*, celle dirigée contre un tiers, est irrecevable mais que la véritable action *ut singuli*, celle dirigée par un membre contre un organe de la personne morale, est recevable²⁸³⁷. En définitive, la solution est analogue à celle adoptée en matière de procédures collectives²⁸³⁸.

896 L'action *ut singuli* dans le syndicat des copropriétaires. Les auteurs spécialistes de la matière sont souvent hostiles à l'admission d'une action *ut singuli*. Selon Messieurs Givord et Giverdon, il n'y a pas de place pour l'action *ut singuli* dans la copropriété²⁸³⁹. De même, pour Madame Kischinewsky-Broquisse, il n'est pas douteux que la loi de 1965 a consacré la jurisprudence antérieure qui excluait l'exercice individuel de l'action syndicale²⁸⁴⁰. Monsieur Gastaud, en revanche, est favorable à l'action *ut singuli*²⁸⁴¹. Le syndicat a pour mission la défense de l'immeuble. Le copropriétaire conserve, quant à lui, le droit d'agir en défense de son appartement²⁸⁴². Si l'on refusait toute action aux copropriétaires, il y

2836 Article L. 228-52 du Code de commerce.

2837 Il semble permis de penser que le résultat de l'action devrait profiter à la personne morale puisque le membre met en œuvre l'action de celle-ci, même s'il n'existe pas en matière de masse des obligataires un texte comparable à l'article L. 225-252 du Code de commerce pour les sociétés.

2838 Voir D. VIDAL, obs. sous Com., 15 juin 1999, Dr. Soc. 1999, Comm. 169.

2839 F. GIVORD, Cl. GIVERDON, *La copropriété*, 4^{ème} éd. avec la collaboration de P. CAPOULADE, Dalloz 1992, n° 696.

2840 E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *La copropriété des immeubles bâtis*, n° 464, 4^{ème} éd., Litec 1989. Voir également : D. DURIN, *L'action individuelle du copropriétaire d'un immeuble divisé par appartements*, D. 1962, Chr. 229.

2841 J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. priv. n° 149, LGDJ 1977, n° 215 sqq.

2842 Ibid.

aurait un risque que s'instaure un monopole syndical²⁸⁴³. Pour pallier ce risque et assurer la protection des copropriétaires²⁸⁴⁴, la reconnaissance de l'action *ut singuli* est une nécessité. Monsieur Gastaud propose que la reconnaissance d'actions concurrentes, quand le dommage atteint les parties privatives et les parties communes, et d'une action exclusive du copropriétaire, lorsque seules les parties privatives sont en cause²⁸⁴⁵. Monsieur Brun a défendu, quant à lui, une conception individualiste des relations au sein des syndicats de copropriété²⁸⁴⁶. Selon cet auteur, le copropriétaire a, concurremment avec le syndicat, le droit d'exercer toutes les actions relatives à son lot. Les opinions sont variées sur ce point. Elles semblent cependant de peu de secours ici, dans la mesure où la question que les auteurs abordent est souvent mal formulée.

897 Tout d'abord, les auteurs envisagent le plus souvent une action dirigée contre les tiers, pour examiner la recevabilité de l'action *ut singuli*. Or on sait grâce à l'étude du droit des sociétés que ce type d'actions est abusivement appelé action *ut singuli*. Elles ne peuvent jamais être exercées individuellement, par un membre du groupement. Ensuite, la doctrine place, d'ordinaire, le débat sur le terrain de l'article 15 de la loi de 1965. Ce texte dispose que « le syndicat a qualité pour agir en justice tant en demandant qu'en défendant, même contre certains copropriétaires ; [qu'] il peut notamment agir conjointement ou non avec un ou plusieurs de ces derniers, en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble » (alinéa 1) et que « tout copropriétaire peut néanmoins exercer seul les actions concernant la propriété de son lot, à charge d'en informer le syndic » (alinéa 2). S'il semble que ce texte permet effectivement de déterminer la nature individuelle ou syndicale d'une action, il ne permet pas, en revanche, de déterminer si l'action syndicale peut être exercée individuellement par un copropriétaire.

898 La jurisprudence invoquée, enfin, n'est guère pertinente pour résoudre la question de la recevabilité de l'action *ut singuli*. Elle recourt à la notion d'intérêt pour distinguer les actions collectives des actions personnelles. Mais elle ne fournit guère de renseignement sur la véritable action *ut singuli*. Elle a été longtemps hésitante sur la

2843 Ibid.

2844 De tous les copropriétaires et non seulement des minoritaires.

2845 Ibid. On peut cependant relever que ni l'une, ni l'autre de ces actions n'est une véritable action *ut singuli*.

2846 R. BRUN, *Action individuelle des copropriétaires contre les infractions au règlement de copropriété*, AJPI. 1971.722.

répartition des pouvoirs processuels au sein du syndicat. Le tribunal de la Seine a déclaré irrecevable l'action d'un copropriétaire dirigée contre un autre copropriétaire et contre le syndic pour violation du règlement de copropriété²⁸⁴⁷. La Cour de cassation a admis, au contraire, en 1962, l'action d'un copropriétaire pour sa part, lorsqu'il invoque un préjudice personnel résultant d'une atteinte à son appartement²⁸⁴⁸. La loi de 1965 a étendu l'action individuelle, de l'appartement au lot²⁸⁴⁹. L'action individuelle est recevable, aujourd'hui, dès lors que la contestation porte sur la propriété ou la jouissance des biens du demandeur²⁸⁵⁰. Si l'action individuelle apparaît recevable dans ces hypothèses, il ne faut pas en conclure qu'il s'agit d'une action *ut singuli*. Elle s'en distingue par plusieurs traits. D'une part, l'action individuelle du copropriétaire n'est pas subsidiaire²⁸⁵¹. Cela résulte de la lettre même de l'article 15, qui admet l'exercice conjoint des actions du syndicat et d'un copropriétaire. D'autre part, elle ne répare pas un préjudice collectif mais un préjudice personnel²⁸⁵². Elle ne répond donc ni au même besoin, ni au même régime.

899 Pour distinguer l'action collective de l'action individuelle, la jurisprudence a recours à la notion d'intérêt légitime²⁸⁵³. Cette jurisprudence permettait d'écarter toute tentative d'extension de l'action *ut singuli*, car le copropriétaire devait en toute hypothèse établir l'existence d'un intérêt légitime²⁸⁵⁴. Cette exigence ne permet

2847 T. Civ. Seine, 6 novembre 1952, RTDCiv. 1953.366, obs. critiques P. HÉBRAUD ; RTDCiv. 1953.349, obs. H. SOLUS ; GP. 1953.1.108.

2848 Civ. I, 9 janvier 1962, D. 1962.219, note P. ESMEIN ; voir également : D. DURIN, *L'action individuelle du copropriétaire d'un immeuble divisé par appartements*, D. 1962, Chr. 229.

2849 Civ. III, 21 novembre 1973, D. 1974.251, note F. E. ; JCP. 1974, II, 17636, note E.-J. GUILLOT.

2850 Civ. III, 23 mars 1968, BC., III, n° 132 ; Civ. III, 6 mars 1984, BC., III, n° 60 ; Civ. III, 13 février 1991, BC. 56. En ce sens : Chr. ATIAS, *Répertoire de droit civil*, V° *Copropriété des immeubles bâtis*, n° 795.

2851 En ce sens : Chr. ATIAS, article précité, n° 798.

2852 Voir F. GIVORD, Cl. GIVERDON, *La copropriété*, 4^{ème} éd. avec la collaboration de P. CAPOULADE, Dalloz 1992, n° 698 sq. ; Chr. ATIAS, note sous Civ. III, 16 mars 1988, D. 1989.195. Dans le même sens : D. DURIN, *L'action individuelle du copropriétaire d'un immeuble divisé par appartements*, D. 1962, Chr. 229. Pour une appréciation critique des critères traditionnels jugés trop formels : J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. priv. n° 149, LGDJ 1977, n° 215 sqq.

2853 Voir Civ. III, 30 juin 1992, BC., III, n° 229 ; F. GIVORD, Cl. GIVERDON, op. cit. , n° 704 sq. et n° 717 sqq.

2854 On s'est interrogé récemment sur un éventuel abandon de la condition d'intérêt légitime par la Cour de cassation. Voir P. CAPOULADE et Cl. GIVERDON, obs. sous Civ. III, 19 novembre 1997, RDI. 1998.139. Il s'agissait d'une situation fort proche d'une

cependant pas de trancher la question de la recevabilité de l'action *ut singuli*. En effet, cette condition posée par la jurisprudence conduit uniquement à distinguer les actions individuelles des actions collectives. Elle permet de refouler les prétentions excessives des copropriétaires qui remettraient en cause l'équilibre processuelle du syndicat. Cependant, si l'on peut constater que l'action individuelle a bien peu de place pour se développer, que reste-t-il aux véritables actions *ut singuli*? Il ne faudrait pas conclure de ces quelques observations que la jurisprudence ne reconnaît pas la véritable action *ut singuli*.

900 **L'action en responsabilité contre le syndic.** Le syndic est responsable de ses fautes de gestion²⁸⁵⁵. L'action appartient, au premier chef, au syndicat. L'action en responsabilité risque, cependant, de ne pas être mise en œuvre, car le syndicat est représenté en justice par le syndic. L'assemblée peut décider de révoquer le syndic à la majorité des copropriétaires²⁸⁵⁶. Tout intéressé peut également demander en justice la nomination d'un administrateur judiciaire²⁸⁵⁷. Mais ces procédures restent longues et complexes. Les copropriétaires peuvent préférer assigner directement le syndic afin d'engager sa responsabilité. Il a pu sembler à certains que la jurisprudence admettait une action en responsabilité contre le syndic²⁸⁵⁸. Cette opinion, émise en 1962, semble avoir gardé une part de vérité après la réforme de 1965. En effet, si l'on sait déjà qu'un copropriétaire peut exercer d'autres actions que celle en responsabilité contre le syndic, il est admis aujourd'hui que cette action lui est ouverte. Il reste à savoir s'il s'agit d'une véritable action *ut singuli*. C'est la question de la mise en œuvre de la responsabilité du syndic.

901 La jurisprudence a d'abord affirmé que l'action en responsabilité contre le syndic à raison de ses fautes de gestion

action *ut singuli*. Certes l'action ne tendait pas à la mise en cause de la responsabilité du syndic mais à remettre en cause une décision inspirée par un abus de majorité. En droit des sociétés il s'agirait d'une action *ut singuli* : voir ci-dessus, n° 986 sqq. Ici cependant l'action n'a pas suivi exactement le régime de l'action *ut singuli* car il est admis que le syndic et le copropriétaire agissent conjointement.

2855 Voir Fr. FAURE, *L'action en justice dans le domaine de la copropriété immobilière*, thèse dactyl., Lyon 1963, p. 172 sqq. et p. 192.

2856 Article 25, c) de la loi de 1965.

2857 Article 18 de la loi de 1965. Un auteur a proposé, avant la réforme de 1965, de désigner un mandataire du syndicat en assemblée : Fr. FAURE, thèse précitée, p. 192.

2858 Voir D. DURIN, *L'action individuelle du copropriétaire d'un immeuble divisé par appartements*, D. 1962, Chr. 229.

appartenait au syndicat²⁸⁵⁹. L'action du copropriétaire est recevable cependant s'il a subi un préjudice purement personnel²⁸⁶⁰. Mais alors il ne s'agit plus d'exercer individuellement l'action collective. La véritable action *ut singuli* est-elle recevable ? La jurisprudence dominante s'est prononcée en faveur de l'irrecevabilité de cette action. Un arrêt avait pourtant semblé l'admettre²⁸⁶¹, mais il est resté isolé.

902 Le fait que le syndic soit le mandataire du syndicat²⁸⁶² est-il un obstacle ? La réponse doit être négative, car l'action *ut singuli* permet précisément d'exercer individuellement l'action du syndicat. Elle tend à réduire les risques de déloyauté et/ou de négligence du syndic. Si le syndicat peut, seul, exercer l'action en responsabilité, comment le syndic, qui le représente, peut-il agir contre lui-même ? Les procédures de révocation et de nomination d'un mandataire ad hoc sont envisageables mais elles imposent des détours pour mettre en cause la responsabilité de l'organe de la copropriété. La solution jurisprudentielle présente donc des inconvénients pratiques non négligeables²⁸⁶³. Théoriquement, elle ne se justifie guère mieux. Il est inexact de soutenir que le syndic ne représente pas les copropriétaires : il les représente en leur qualité de membres. La jurisprudence a affirmé le contraire en matière de tierce-opposition, pour fermer cette voie de recours aux copropriétaires²⁸⁶⁴. Il n'est guère cohérent de soutenir que les copropriétaires sont représentés par le syndicat, et par le syndic agissant en son nom, en matière de tierce-opposition, et qu'il n'en est rien en matière d'action *ut singuli*. Le

2859 Civ. III, 13 novembre 1986, Administrer juillet 1987, p. 40, note E. J. GUILLOT ; Paris, 17 novembre 1989, LC. 1990, Comm. 104 ; Versailles, 25 mai 1992, Administrer novembre 1992, p. 83. Elle a également décidé que tout copropriétaire peut agir afin d'obtenir le respect du règlement de copropriété : Civ. III, 22 mars 2000, LC. 2000, Comm. 127.

2860 Civ. III, 13 novembre 1986, précité ; Paris 9 janvier 1995, LC. 1995, Comm. 188 ; Paris, 21 octobre 1996, LC. 1997, Comm. 60.

2861 Civ. III, 9 juillet 1985, BC., III, n° 108 ; Def. 1986, art. 33694, n° 23, note H. SOULEAU ; Administrer novembre 1985, p. 34, note E. J. GUILLOT ; RDI. 1985.423 et 1986.242, obs. F. GIVORD, Cl. GIVERDON. L'action tendait cependant à la condamnation du syndic envers les copropriétaires demandeurs, ce qui n'est pas l'objet de la véritable action *ut singuli*.

2862 En ce sens : J. LAFOND et B. STEMMER, *Code de la copropriété*, sous l'article 18, n° 44, Litec 1998 ; Fr. FAURE, thèse précitée, p. 108 sq.

2863 Certaines décisions semblent indiquer que ces obstacles ne sont pas insurmontables. Versailles, 25 mai 1992 et Paris, 8 avril 1992, Administrer novembre 1992, p. 83, note E. J. GUILLOT. Ces décisions ont retenu la responsabilité du syndic sur une demande du syndicat. Il est cependant impossible, à la lecture des extraits publiés, de connaître la voie empruntée à cette fin.

2864 Civ. III, 28 juin 1989, LC. 1989, Com. 499 ; Administrer mars 1990, p. 41, note E. J. GUILLOT.

raisonnement est contestable. Il conduit à rendre opposables aux copropriétaires des décisions de justice, sans que l'on puisse mettre en cause la responsabilité du syndic. La protection des membres du syndicat ne semble pas assurée par cette jurisprudence.

903 La personnalité morale du syndicat ne s'oppose en aucune façon à la solution proposée. L'irrecevabilité de l'action *ut singuli* et la conception stricte de la représentation au sein du syndicat sont des conséquences de la théorie traditionnelle de la personnalité morale. Elles résultent d'une conception étroite du principe de séparation, qui ne la conçoit que totale. Elles négligent l'existence d'un principe de transparence qui traduit la nature de la personnalité morale sans la remettre en cause. L'admission de l'action *ut singuli* n'est pas une limitation apportée à la personnalité morale. Elle traduit, au contraire, la nature immanente de son intérêt par rapport aux intérêts individuels. Elle est non seulement compatible avec la théorie développée ici, mais elle apparaît même comme une de ses conséquences logiques.

904 **L'action *ut singuli* en droit des associations.** Selon la doctrine, l'action *ut singuli* serait irrecevable en droit des associations²⁸⁶⁵. Elle se fonde sur l'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation. La haute juridiction s'est prononcée en faveur de l'irrecevabilité de l'action *ut singuli* dans un arrêt du 13 février 1979²⁸⁶⁶. Elle a dénié au membre d'une fédération départementale de chasse le droit d'agir en responsabilité contre le président de l'association. Elle a cassé pour violation de l'article 32 du NCPC l'arrêt qui avait déclaré cette action recevable aux motifs que, sauf exception prévue par la loi, seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci et qu'il n'existe aucune disposition légale donnant qualité pour agir au membre d'une fédération départementale de chasse. Le légalisme de la Cour de cassation est étonnant²⁸⁶⁷. En l'absence de toute argumentation, le principe pourrait aussi bien être celui de la recevabilité de l'action *ut singuli*²⁸⁶⁸. Le fondement tiré de l'article 32 du NCPC manifeste la volonté de la Cour de cassation de nier au

2865 Voir notamment G. CHABOT, *Réflexions sur la responsabilité civile de l'association et de ses dirigeants*, Def. 1999, art. 37015, n° 55 sq.

2866 Civ. I, 13 février 1979, D. 1981.205, note F. ALAPHILIPPE.

2867 Voir également l'étonnement de M. Philippe Didier : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 564.

2868 En ce sens : F. ALAPHILIPPE, note précitée.

sociétaire tout titre à représenter l'association²⁸⁶⁹. Il n'a pas qualité pour agir selon la première chambre civile, ce qui implique aussi qu'il n'a pas intérêt.

905 Certains juges du fond ont, cependant, paru favorables à la recevabilité de l'action *ut singuli* dans les associations. Un arrêt de la Cour d'appel de Caen semble avoir admis l'exercice individuel de l'action sociale²⁸⁷⁰. Cette décision reconnaît « l'attribution de cette action [en réparation du dommage causé aux intérêts collectifs d'une association] aux seuls représentants qualifiés de l'association ne saurait faire échec au droit de tout associé de réclamer, dans la limite de son intérêt particulier, la réparation du dommage que peut lui faire éprouver personnellement et directement un délit commis au préjudice de l'association, lequel, en diminuant les ressources de l'association devait avoir pour résultat de léser les intérêts particuliers des demandeurs en réduisant les avantages réservés à leur situation de membres de l'association »²⁸⁷¹. Il s'agissait cependant sans doute d'une action dite *ut singuli* et non d'une véritable action *ut singuli* dirigée contre les dirigeants de l'association. La question s'est posée dans les associations syndicales de reconstruction. Les tribunaux ont accueilli les demandes des membres de ces groupements²⁸⁷². Selon Bruno Oppetit, ces actions sont des actions *ut singuli*, recevables en droit des associations²⁸⁷³. Cependant, il faut reconnaître que ces arrêts ne sont pas convaincants, dans la mesure où il s'agit sans doute le plus souvent d'actions dites *ut singuli*, dirigées contre des tiers, et non de véritables actions *ut singuli*.

906 Rationnellement, l'action *ut singuli* se justifie-t-elle en droit des associations ? Les dirigeants d'associations sont évidemment

2869 Voir Ph. DIDIER, thèse précitée, n° 562.

2870 Caen, 3 juin 1926, GP. Table 1925-1930, V° *Action en justice*, n° 9 et 10.

2871 Caen, 3 juin 1926, arrêt précité.

2872 T. Civ. Toulouse, 7 décembre 1948, D. 1949.79, qui relève que « si l'action syndicale doit se manifester pour la sauvegarde des droits et intérêts des sinistrés, il ne serait pas concevable qu'une éventuelle carence de l'association syndicale dans ce domaine ne soit pas compensée par une action individuelle des sinistrés ». Quelle est cette action individuelle des sinistrés : est-elle l'action syndicale exercée individuellement ou bien s'agit-il d'une véritable action personnelle des sinistrés ? Contre qui est-elle dirigée ? En l'espèce il ne pouvait s'agir que d'une action personnelle dans la mesure où elle était dirigée contre un tiers. La même solution doit être adoptée dans les autres affaires de l'après-guerre : Amiens, 2 décembre 1952, GP. 1953.1.123 ; RTDCiv. 1953.366, n° 5, obs. P. HÉBRAUD ; T. Civ. Caen, 29 juin 1948, S. 1949.2.77, note G. LIET-VAUX.

2873 B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 236 sq. (associations de sinistrés et associations de reconstruction) et p. 239 (associations syndicales de copropriétaire).

responsables de leur faute de gestion envers l'association²⁸⁷⁴. Celle-ci peut mettre en œuvre l'action en responsabilité. Il est évident qu'aussi longtemps que le dirigeant fautif reste en fonction, il ne sera pas assigné. Les membres de l'association peuvent tenter de le remplacer. Son successeur pourra alors agir au nom de l'association²⁸⁷⁵. Mais, ici encore, la menace d'une action en responsabilité apparaît plus efficace que la révocation ou la nomination d'un administrateur ad hoc. L'action *ut singuli* renforce l'efficacité des associations en améliorant le contrôle interne.

907 Dès lors que l'on considère les sociétaires comme les véritables intéressés, le refus de leur reconnaître les moyens juridiques pour défendre leur œuvre est critiquable. Si les sociétaires déterminent l'intérêt de leur association de la même manière que les associés déterminent celui de leur société, il est impossible de justifier l'irrecevabilité de l'action *ut singuli* dans les associations. On ne peut guère soutenir que l'exclusion pourrait être limitée à certaines associations à statut spécial²⁸⁷⁶. Les dangers de l'action *ut singuli* ne sauraient suffire à limiter son domaine. Ils sont les mêmes dans tous les groupements et n'ont pas fait obstacle à la recevabilité de l'action en droit des sociétés. La nécessité de renforcer l'efficacité du contrôle fiduciaire n'est pas moindre dans l'association que dans la société²⁸⁷⁷. Comme pour le syndicat de copropriété, l'irrecevabilité de l'action *ut singuli* n'est guère en cohérence avec la jurisprudence qui ferme la tierce-opposition aux sociétaires²⁸⁷⁸. La protection des membres de l'association n'est pas assurée de manière satisfaisante, alors que rien dans la théorie de la personnalité morale ne s'oppose à la recevabilité de l'action *ut singuli*.

908 **L'action *ut singuli* dans les comités sociaux.** La jurisprudence semble à nouveau faire preuve d'hostilité envers l'action *ut singuli*. En 1990, la Cour de cassation a jugé que l'action civile d'un salarié était irrecevable²⁸⁷⁹. Dans cette affaire, cependant, le salarié était devenu membre du comité depuis la date du délit d'entrave qu'il reprochait au chef d'entreprise. En 1980, la Cour de cassation avait déjà adopté la même solution à propos d'une action introduite par un

2874 Civ. I, 5 février 1990, BC., I, n° 45 ; RS. 1991.773, note D. RANDOUX.

2875 Civ. I, 5 février 1991, précité.

2876 En 1979, l'association en cause était une fédération départementale de chasse.

2877 Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 564.

2878 Civ. I, 21 janvier 1976, BC., I, n° 31 ; RTDCiv. 1977.376, obs. R. PERROT.

2879 Crim., 18 décembre 1990, RJS. 2/91, n° 199. Voir également TPS. 1997, Comm. 169, note B. BOUBLI.

représentant syndical au comité d'entreprise²⁸⁸⁰. L'irrecevabilité semblait acquise depuis l'arrêt rendu en 1953 par la Cour de cassation dans l'affaire de la société stéphanoise²⁸⁸¹. Elle a considéré dans cette décision que l'arrêt n'avait violé aucun texte lorsque la Cour d'appel observe que le résultat des actions engagées par les demandeurs *ut singuli* ne profiterait en rien à leur patrimoine et ne sanctionnerait aucun droit appartenant à chacun d'eux personnellement. Ces motifs condamnent nettement l'action *ut singuli*, car elle est précisément une action qui tend à obtenir une condamnation dont le résultat est affecté non au patrimoine du demandeur mais à celui de la personne morale.

909 En réalité, la question ne devrait se poser que de manière exceptionnelle. Aux termes de l'article R. 432-1 du Code du travail « le comité est valablement représenté par un de ses membres délégué à cet effet ». Aucun membre ne représente de plein droit le comité²⁸⁸². La souplesse des règles de désignation du représentant du comité permettent d'agir aisément contre un organe fautif. Une simple décision du comité peut désigner un mandataire qui agira contre au nom du comité. Il sera également possible à un membre d'agir puis de solliciter un mandat : l'irrégularité de procédure pouvant alors être couverte selon l'article 121 du Nouveau Code de procédure civile. Le risque de carence réapparaît, cependant, si la majorité des membres doit être mise en cause. Un minoritaire ou un salarié pourra-t-il agir individuellement au nom du comité ? La jurisprudence s'est prononcée en faveur de la négative, mais la solution ne semble guère plus justifiée que dans le syndicat de copropriété.

910 En faveur de la recevabilité, Hébraud avançait des arguments décisifs²⁸⁸³. Il écartait l'argument tiré de la crainte de l'action populaire. Il est purement illusoire : l'action des salariés n'est pas plus dangereuse que celle des actionnaires²⁸⁸⁴. Par ailleurs,

2880 Crim., 28 octobre 1980, B. Crim., n° 281. Dans le même sens : Crim., 18 décembre 1990, RJS. 2/91, n° 199.

2881 Soc., 8 octobre 1953, et le commentaire de P. HÉBRAUD, *Le contrôle juridictionnel des actes du comité d'entreprise*, D. Soc. 1954.342. Voir aussi dans le même sens : Crim., 24 novembre 1953, D. 1954.237, note G. LEVASSEUR ; JCP. 1954, II, 8156 note J. LARGUIER (également favorable à l'action *ut singuli*) ; Lyon, 9 janvier 1950, RTDCiv. 1950.246, obs. P. HÉBRAUD et Soc., 9 janvier 1954, RTDCiv. 1954.343, obs. P. HÉBRAUD, à propos d'une action en nullité d'une décision du comité déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt.

2882 Voir M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupes*, 6^{ème} éd., LGDJ 2000, p. 457.

2883 P. HÉBRAUD, *Le contrôle juridictionnel des actes du comité d'entreprise*, D. Soc. 1954.342.

2884 P. HÉBRAUD, article précité, D. Soc. 1954.342.

l'irrecevabilité de l'action des salariés était contraire à la volonté de l'époque d'intégrer les salariés au sein de l'entreprise²⁸⁸⁵. Il critiquait, enfin, les motifs de l'arrêt qui avait relevé que les demandeurs ne sollicitaient pas le remboursement de leur versement à la caisse d'entraide et qu'aucun n'était dans un état de besoin. Le fait que la demande ait eu pour objet la restitution des sommes à la caisse d'entraide, et non le versement de dommages-intérêts aux demandeurs, ne pouvait pas faire obstacle à sa recevabilité. Hébraud relève sur ce point que les demandeurs ne souhaitent pas sortir de la communauté mais assurer sa protection. De même l'absence de créance des salariés était indifférente, dans la mesure où la cause de l'action est indépendante de la créance des salariés sur la caisse.

911 Un seul argument pouvait justifier l'irrecevabilité dans l'affaire de la société stéphanoise. La demande était sans doute formulée de manière maladroite. En effet, elle était dirigée contre le comité lui-même. Ce choix était discutable, dans la mesure où l'action *ut singuli* en responsabilité est d'ordinaire dirigée contre les dirigeants de la personne morale et non contre la personne morale elle-même. En l'espèce l'action pouvait être irrecevable en raison de cette erreur dans le choix du défendeur. Il reste qu'elle manifeste certainement une certaine hostilité envers l'action *ut singuli*, que des arrêts postérieurs ont confirmé²⁸⁸⁶. Le Tribunal civil de la Seine a rendu une décision relative à la fois à l'action des membres du comité et à l'action des salariés²⁸⁸⁷. Les membres du comité se sont vus reconnaître un droit d'agir en nullité des décisions irrégulières du comité mais l'action en restitution leur est fermée. Les salariés ne disposent quant à eux d'aucune action. Cette décision est critiquable, d'une part parce que la distinction opérée entre action en nullité et action en responsabilité n'est pas justifiée²⁸⁸⁸ ; d'autre part parce qu'elle prive les salariés du bénéfice de toute action ce qui est excessif. Leur seule garantie est politique : lors du renouvellement du comité, il pourront ne pas reconduire les membres sortants²⁸⁸⁹. Les nouveaux élus aux comités pourront alors, éventuellement, rechercher

2885 Ibid.

2886 Crim., 28 octobre 1980, B. Crim., n° 281 ; Crim., 18 décembre 1990, RJS. 2/91, n° 199.

2887 T. civ. Seine 3 juillet 1963, JCP. 1963, II, 13448, conclusions Ph. SOULEAU.

2888 En ce sens : P. HÉBRAUD, *Le contrôle juridictionnel des actes du comité d'entreprise*, D. Soc. 1954.342, qui relève que la distinction du contentieux objectif et du contentieux subjectif n'a pas de valeur en droit privé.

2889 Voir N. CATALA, *Traité de droit du travail*, de G. H. CAMERLYNCK, t. IV, *L'entreprise*, Dalloz 1980, n° 814.

la responsabilité de leurs prédécesseurs. Pratiquement le système n'est guère satisfaisant.

912 Du point de vue théorique, la jurisprudence semble également contestable. La définition de l'intérêt qu'elle retient est restrictive. L'intérêt est envisagé uniquement sous son aspect patrimonial, alors qu'il peut être aussi moral. On peut relever également que la personnalité morale du comité semble faire obstacle à ce qu'il s'agisse d'un intérêt direct pour les salariés alors que dans la société cet argument purement formel n'a pas convaincu²⁸⁹⁰. Il est surprenant de voir que l'institution qui représente les salariés n'est pas responsable devant eux autrement que politiquement. Si l'on peut avoir une haute idée du suffrage, il peut être aussi permis de douter de son efficacité. La responsabilité civile compléterait utilement le suffrage afin de s'assurer la loyauté et la diligence des membres du comité. Un argument nouveau semble pouvoir être tiré de la notion de représentation en droit du travail. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que le comité d'entreprise ne peut agir sans mandat au nom des salariés²⁸⁹¹. Dès lors que le comité ne représente pas les salariés, il devrait être exclu que ceux-ci représentent la personne morale : en l'absence de toute représentation fiduciaire la reconnaissance d'une représentation objective ne se justifie pas. C'est, à nouveau, avoir une vue bien étroite de la représentation, qui prend des formes originales en droit du travail. Elles peuvent être intégrées dans une théorie d'ensemble de la représentation, sans recourir pour autant à la notion de représentation des intérêts, bien difficile à appréhender et surtout à distinguer de la représentation des personnes²⁸⁹². Il est inutile d'affirmer qu'il ne s'agit pas d'une représentation ordinaire pour justifier la recours à la notion sans en tirer toutes les conséquences²⁸⁹³.

2890 Voir ci-dessus, n° 974 sqq.

2891 Soc., 18 mars 1997, D. Soc. 1997.544, obs. G. COUTURIER, et obs. J. SAVATIER ; RJS. 10/97, n° 1106.

2892 Sur la représentation des intérêts : A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise institution de représentation du personnel*, DO. 1986.355 ; G. BORENFREUND, *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, D. Soc. 1991.685 ; J. GRIMALDI D'ESDRA, *La représentation du personnel dans l'entreprise, origines, puissance et déclin annoncé d'un pouvoir*, thèse dactyl., Montpellier I 1993, n° 199 sqq.

2893 Pour certains auteurs la représentation du personnel par le comité d'entreprise est une représentativité et non une représentation au sens du Code civil : J. GRIMALDI D'ESDRA, *La représentation du personnel dans l'entreprise, origines, puissance et déclin annoncé d'un pouvoir*, thèse dactyl., Montpellier I 1993, n° 241 sq. ; F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, préf. de P. RODIÈRE, Bibl. dr. priv. n° 291, LGDJ 2000, n° 280. La représentativité est cependant une forme de représentation : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit*

Cette tentative pour masquer la diversité réelle des phénomènes de représentation n'est guère convaincante²⁸⁹⁴. Il est beaucoup plus satisfaisant de considérer que le comité exerce un pouvoir de représentation fiduciaire des salariés²⁸⁹⁵. La reconnaissance d'une représentation objective afin de prévenir les risques de conflits d'intérêts est alors possible. Si l'on admet que le comité représente les salariés comme la société représente les associés et que l'on est en présence d'une véritable représentation, l'action *ut singuli* doit être déclarée recevable²⁸⁹⁶. La personnalité morale du comité d'entreprise ne fait pas obstacle à l'action *ut singuli* des salariés²⁸⁹⁷. Elle l'implique même dès lors que l'on adopte une définition de l'intérêt de la personne morale comme intérêt immanent aux intérêts individuels. La solution contraire est une scorie de la théorie traditionnelle, qu'il convient d'abandonner.

913 Conclusion de la section II. A l'issue de cette étude de l'action *ut singuli* au sein de plusieurs personnes morales de droit privé, on ne peut que conclure en faveur de l'extension de l'institution à tous les groupements²⁸⁹⁸. La personne morale représente les membres et la personne morale est représentée par ses organes. Mais en cas de carence de l'organe désigné, les membres deviennent à leur tour représentants de la personne morale. Dans le premier cas il s'agit d'une représentation fiduciaire et dans le second cas d'une représentation objective. La combinaison de deux types de représentation fait apparaître une figure originale. Cela ne signifie pas cependant qu'elle soit exceptionnelle. Au contraire, elle illustre un aspect essentiel de la personnalité morale en droit contemporain, à savoir son immanence. Elle n'est pas fondée sur un intérêt transcendant, mais sur un intérêt immanent aux intérêts individuels : l'intérêt des membres et l'intérêt de la personne morale se recoupant, la mise en œuvre des actions collectives par des individus cesse d'être surprenant pour devenir naturelle : elle ne remet pas en cause la personnalité morale. Un texte de loi n'est donc pas nécessaire pour

privé, préf. préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv. n° 339, LGDJ 2000, n° 470 sqq.

2894 Pour une conception large de la représentation en droit privé : Ph. DIDIER, thèse précitée, passim.

2895 L'élection des membres du comité est un argument en faveur de cette idée, de même que l'obligation de rendre compte à l'issue de leur mandat qui pèse sur les membres élus du comité (article R. 432-15 du Code du travail qui dispose cependant que le comité sortant rend compte au nouveau comité).

2896 N. CATALA, *Traité de droit du travail*, de G. H. CAMERLYNCK, t. IV, *L'entreprise*, Dalloz 1980, n° 815.

2897 Voir N. CATALA, op. cit., n° 815 sqq.

2898 Ph. DIDIER, thèse précitée, n°564.

permettre à un membre d'exercer individuellement l'action de la personne morale.

914 **Conclusion du Chapitre I.** La transparence est une réalité du droit positif de la personnalité morale. Elle ne remet cependant en aucune manière la personnalité morale en cause. La conception de l'intérêt de la personne morale comme intérêt immanent a conduit à formuler les éléments d'une théorie de la personnalité morale comme concept constant et non relatif. La transparence substantielle permet simplement la prise en compte soit de l'effet d'opposabilité inhérent à la personnalité morale, soit d'un élément de l'intérêt : objet ou finalité. La transparence processuelle est quant à elle la manifestation de l'immanence de l'intérêt à agir de la personne morale. Elle ne traduit aucune exception à la personnalité morale. On ne peut qu'être étonné alors de l'hostilité de la jurisprudence et proposer l'extension des solutions admises en droit des sociétés en dehors de cette matière. On constate ainsi que l'étude de la personnalité morale se justifie définitivement car elle permet la précision de certaines questions aux conséquences pratiques importantes.

Chapitre II La transparence accidentelle

915 La transparence est accidentelle, lorsqu'elle ne résulte pas de la personne morale mais d'une situation qui ne lui est pas essentielle, ni même naturelle. Le contrôle d'un groupement personnifié, par exemple, ne découle pas de la nature de la personne morale : de nombreuses sociétés fonctionnent sans qu'un contrôle exclusif ou conjoint soit exercé en leur sein. Mais lorsqu'un associé exerce un tel contrôle sur une société, le droit prendra en compte ce fait afin de lui faire supporter des obligations qui pèseraient d'ordinaire sur la personne morale. La question qui se pose est de savoir si l'on peut parler alors d'une négation de la personnalité morale. La réponse est ici encore négative. Il apparaît à la réflexion que la personnalité morale est un concept constant et non variable, ni relatif. La cession de contrôle pourrait remettre en cause la personnalité morale si elle était assimilée à une cession de l'entreprise sociale (section I). La levée du voile social semble également poser des questions complexes, mais la solution reste la même : la personnalité morale n'est pas une institution relative (section II).

Section I La cession de contrôle

916 L'ensemble des membres de la personne morale n'est pas invariable. Alors que la stabilité est un caractère déterminant de l'institution²⁸⁹⁹, la personnalité morale du droit contemporain doit faire preuve d'une certaine souplesse afin de s'adapter aux évolutions de la société dans laquelle elle fonctionne. La cession de contrôle a été l'occasion de débats sur le respect voire le maintien de la personnalité morale. Bien souvent, on prétendra l'écarter et affirmer sa transparence. Cette opinion compromet toute possibilité d'une théorie juridique cohérente par une exception que la théorie traditionnelle de la personnalité morale a peine à expliquer. L'étude du droit positif fait apparaître au contraire que la personnalité morale n'est pas atteinte. Aussi, face aux tentatives de remise en cause de la personnalité morale (§ 1), faut-il répondre par l'affirmation de sa constance (§ 2).

§ 1 Les tentatives de remise en cause de la personnalité morale

917 La cession de contrôle a fourni à la doctrine de nombreuses occasions de soutenir la relativité de la personnalité morale. Selon de nombreux auteurs, la personnalité morale devrait s'effacer devant la

2899 Voir A. LÉGAL, J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey 1938, p. 27.

réalité économique de l'opération et la cession de contrôle devrait être assimilée à une cession de l'entreprise.

918 La cession de contrôle ne concerne pas toutes les formes de personnes morales. Elle existe uniquement dans les groupements dont les titres sont cessibles. Elle n'est donc guère envisageable dans les personnes morales sans membre telles que les fondations. Elle ne l'est guère plus dans les associations, la qualité de sociétaire ne se transmettant pas à titre onéreux. Cette précision faite, il convient, à titre liminaire, de préciser en quoi la notion de contrôle traduit un phénomène accidentel dans la vie de la personne morale.

919 **Caractère accidentel du contrôle.** La prise en compte du contrôle est une hypothèse de transparence accidentelle. D'une part, le contrôle ne se rencontre pas dans toutes les sociétés considérées individuellement. D'autre part, les règles dont le contenu est influencé par l'existence du contrôle s'appliquent aussi bien en son absence. Ainsi, la cession d'actions n'est-elle pas toujours une cession de contrôle et la nationalité n'est-elle pas toujours déterminée par référence au contrôle. Au contraire, non seulement le droit n'en tient pas toujours compte, mais de plus, lorsqu'il le prend en considération, il ne remet pas en cause la personnalité morale. Il faudra tout d'abord préciser brièvement ce qu'est une cession de contrôle (I), puis illustrer la tentative de remise en cause de la personnalité morale par une étude de la commercialité de l'opération (II) et exposer, enfin, les analyses substantielles proposées par une partie de la doctrine (III).

I Le contrôle et sa cession

920 **Définition du contrôle.** Le contrôle a d'abord fait l'objet de définitions doctrinales et jurisprudentielles. La loi est intervenue ensuite sans proposer une définition unique de la notion. Il y a autant de définitions doctrinales du contrôle que d'auteurs. Le terme employé dans son sens moderne de maîtrise de la gestion est d'origine anglaise²⁹⁰⁰. Le Vocabulaire juridique de l'Association Capitant le définit comme « la maîtrise exercée sur la gestion d'une entreprise ou d'un organisme ; pouvoir assurant à son détenteur une influence dominante dans la direction ou l'orientation des destinées d'un groupe, d'une société, etc. »²⁹⁰¹.

2900 Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. LOUSSOUARN, Bibl. dr. com. t. 5, Sirey 1962, n° 168 sqq.

2901 Vocabulaire Cornu, V° *Contrôle*, sens 3.

921 La cession de contrôle, ou plus largement le changement dans l'exercice du contrôle, est une modification de l'organisation qui peut avoir d'une part des conséquences sur le régime de la cession elle-même, et d'autre part une influence apparente sur la personnalité morale. Dans le cas de la cession de contrôle, le statut de la personnalité morale n'est pas directement atteint. Seule sera étudiée ici l'influence, indirecte, de la cession de contrôle sur la personnalité morale. Les autres conséquences de la prise en compte du contrôle relèvent d'une autre catégorie : celle de la levée du voile social²⁹⁰².

922 **Définition de la cession de contrôle.** L'École de Rennes a défini la cession de contrôle par référence à la notion de pouvoir. Pour Monsieur Champaud, elle consiste en « un certain nombre d'opérations, de formes juridiques diverses, mais dont la cause, c'est-à-dire le but économique, est toujours de transmettre tout ou partie du contrôle d'une société anonyme »²⁹⁰³. Pour Messieurs Paillusseau et Contin, « la cession de contrôle est, fondamentalement, la cession du pouvoir (du droit) de gouverner une entreprise et de disposer de ses biens »²⁹⁰⁴. La cession de contrôle est « le transfert du pouvoir dans l'entreprise sociale, tel que ce pouvoir est organisé par le droit »²⁹⁰⁵. Si cette définition comporte une grande part de vérité, elle fait apparaître un certain nombre de difficultés. Au regard de la théorie de la personnalité morale, la question du particularisme de la cession de contrôle est certainement la plus pertinente.

923 **Le particularisme de la cession de contrôle.** La question du particularisme de la cession de contrôle conduit à se demander dans quelle mesure l'opération se distingue d'une cession de titres isolés. La cession de contrôle est un événement important dans la vie des sociétés. Elle réalise une modification du personnel de la société et par conséquent une modification d'un élément de l'organisation. La Cour de cassation a affirmé, dans l'arrêt Saupiquet-Cassegrain, la banalité de la cession de contrôle²⁹⁰⁶. Elle a jugé en particulier que la

2902 Voir ci-dessous, n° 1084 sqq.

2903 Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. LOUSSOUARN, Bibl. dr. com. t. 5, Sirey 1962, n° 139.

2904 J. PAILLUSSEAU, R. CONTIN, *La cession de contrôle (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes)*, JCP. 1969, I, 2287, n° 7. Voir également J. PAILLUSSEAU, *L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir*, RIDÉCO. 1990.289.

2905 J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle*, JCP. 1986, I, 3224, n° 11.

2906 Com., 21 janvier 1970, BC., IV, n° 28 ; JCP. 1970, II, 16541, note B. OPPETIT ; RTDCom. 1970.738, obs. R. HOUIN. Voir également B. OPPETIT, *La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions*, JCP. 1970, I, 2361.

société dont le contrôle avait cédé avait conservé son existence propre et sa personnalité juridique. Elle a relevé également, pour soutenir sa position, que ni l'objet ni la durée de la société n'avaient été modifiés. La spécificité de la cession de contrôle a pourtant été défendue par une partie de la doctrine à une époque où la jurisprudence avait semblé hésitante²⁹⁰⁷. Les représentants de l'École de Rennes soutiennent encore aujourd'hui les thèses développées alors. Ces auteurs relèvent que la cession de contrôle peut produire des résultats comparables à ceux d'une fusion absorption si les entreprises sont confondues²⁹⁰⁸. Ils constatent alors les dangers de la cession de contrôle, tant pour les minoritaires, que pour les créanciers, les salariés et la concurrence²⁹⁰⁹. Les restructurations entraînent ainsi, par exemple, de nombreux licenciements. Que penser de cette proposition au regard du droit positif et de la théorie de la personnalité morale ? Malgré la banalité de la cession de contrôle affirmée par le droit positif, des solutions originales paraissent parfois se dégager. Elles méritent d'être relevées car la thèse de la banalité est liée étroitement à la conception que l'on a de la personnalité morale et de son autonomie²⁹¹⁰. Chaque manifestation du particularisme de la cession de contrôle pourrait apparaître comme une remise en cause de la personnalité morale.

2907 Voir D. ROUX, *La spécificité de la cession de contrôle*, RS. 1980.49.

2908 J. PAILLUSSEAU, R. CONTIN, *La cession de contrôle (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes)*, JCP. 1969, I, 2287, n° 17. Qui n'assimilent pas cependant les deux opérations.

2909 J. PAILLUSSEAU, R. CONTIN, article précité, n° 21 sqq.

2910 Voir J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle : une unification de la jurisprudence est-elle possible*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1995, p. 363, n° 21 ; B. OPPETIT, *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, RS. 1978.631, n° 29 ; C. J. BERR, *La place de la cession de contrôle en droit des sociétés*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, t. I, *Droit des sociétés*, Librairie technique 1974, p. 1.

II La commercialité de la cession de contrôle

924 **Le caractère commercial de la cession de contrôle.** La cession d'actions est en principe un acte de nature civile²⁹¹¹. Cependant lorsqu'elle emporte changement de contrôle la jurisprudence a jugé qu'elle revêt un caractère commercial²⁹¹². L'extension de la commercialité à l'ensemble des cessions d'actions n'est pas souhaitée par la doctrine²⁹¹³. Il est vrai que les enjeux ne sont pas négligeables. Si la convention est commerciale, la clause compromissoire est valable et la solidarité, présumée²⁹¹⁴. Les contestations relèvent alors de la compétence des tribunaux de commerce²⁹¹⁵. La jurisprudence a malgré tout étendu la solution aux conventions qui transfèrent non pas le contrôle mais une minorité de blocage²⁹¹⁶ et, plus généralement à toute convention ayant pour objet l'organisation de la société²⁹¹⁷.

925 La commercialité de la cession de contrôle est difficile à fonder en droit²⁹¹⁸. Elle ne figure pas dans la liste des actes de

2911 Civ., 21 février 1860, DP. 1860.1.129, qui indiquait déjà cependant que la cession d'action pouvait être commerciale en raison des circonstances ; Com., 11 juillet 1988, RS. 1989.45 ; RDBB. 1988.201, note M. JEANTIN et A. VIANDIER.

2912 Com., 28 novembre 1978, D. 1980.316, note J.-Cl. BOUSQUET, qui a fixé la jurisprudence en ce sens. La question était débattue avant cette décision : T. Civ. Seine, 28 juin 1960, RTDCom. 1961.385, n° 3, obs. R. HOUIN ; Com., 5 décembre 1966, D. 1967.409, note J. SCHMIDT (nature civile malgré la cession de la quasi-totalité des actions). Voir également M.-C. SEFFERT, *Le caractère civil ou commercial de la cession de parts et d'actions de société*, RJC. 1972.267 ; Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 343 sqq.

2913 Voir D. COHEN, *Arbitrage et société*, préf. B. OPPETIT, Bibl. dr. priv. n° 229, LGDJ 1993, n° 204. Monsieur Cohen propose, *de lege ferenda*, une extension de la validité de la clause compromissoire... elle devrait être validée en principe sous réserve de dispositions contraire selon les intérêts en cause (consommateur, assuré...) : op. cit., n° 206 sqq.

2914 Sentence du 25 novembre 1970, RJC. 1971.244, note B. LYONNET, sur la validité de la clause compromissoire. La loi relative aux nouvelles régulations économiques a en outre étendu le domaine de la clause compromissoire : article 2061 du Code civil nouveau.

2915 Com., 28 novembre 1978, précité ; Com., 24 novembre 1992, B. Joly 1993, § 50, note P. LE CANNU ; RDBB 1993.91, obs. M. GERMAIN, M.-A. FRISON-ROCHE ; JCP. E 1993, I, 218, n° 14, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN. Voir cependant Versailles, 25 mars 1999, B. Joly 1999, § 231, note P. MOUSSERON, pour une clause attributive de compétence, *ratione loci*, valable entre commerçants.

2916 T. Com. Grenoble, 12 janvier 1988, RTDCom. 1988.640, n° 5, obs. Y. REINHARD ; RJC. 1988.225, note D. VIDAL.

2917 Com., 26 mars 1996, RS. 1997.88, note Fr. DRUMMOND ; JCP. E 1996, I, 855, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; JCP. E 1996, II, 855, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 1996.647, n° 1, obs. J. DERRUPÉ ; D. 1996, Somm. 343, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; B. Joly 1996.588, note N. RONTCHEVSKY.

2918 Voir Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 357 sqq.

commerce par nature de l'article L. 110-1 du Code de commerce. Elle n'est pas nécessairement un acte conclu entre commerçants et ne peut donc être rattachée à la catégorie des actes de commerces par accessoire. Il est tentant de renoncer à la recherche d'un fondement et de conclure qu'il n'existe aucune explication logique au phénomène autre que le pragmatisme de la solution²⁹¹⁹. Il est vrai que les conséquences pratiques de la commercialité sont un argument fort en faveur de la solution jurisprudentielle. La solidarité est un facteur évident de garantie. La compétence des tribunaux de commerce est également éminemment souhaitable²⁹²⁰. Cependant pour affermir cette position mais aussi pour en définir les limites, il est souhaitable de proposer un fondement. Cette recherche s'avère d'autant plus nécessaire que cette première marque du particularisme de la cession de contrôle pourrait fonder une remise en cause de la personnalité morale de la société dont le contrôle est cédé.

926 La reconnaissance de la commercialité de la cession de contrôle implique-t-elle une remise en cause de la personnalité morale ? Dans le cadre de la théorie traditionnelle de la personnalité morale, il faut reconnaître que la thèse du particularisme de la cession de contrôle est liée à une tentative de négation de la personnalité morale²⁹²¹. La cession porte sur les parts sociales qui sont en principe des meubles incorporels et non sur l'actif de la société. Dès lors la commercialité de la cession de contrôle pourrait apparaître comme une négation de la personnalité de la société dans la mesure où la nature de l'acte est déterminée comme si la personne morale n'existait pas. Cette observation a fondé la critique de la jurisprudence formulée par certains auteurs²⁹²².

2919 En ce sens : D. COHEN, *Arbitrage et société*, préf. B. OPPETIT, Bibl. dr. priv. n° 229, LGDJ 1993, n°193. Voir également Th. MASSART, thèse précitée, t. II, p. 363 sqq., selon qui les juges se désintéressent du fondement de leur solution : les conséquences pratiques de la jurisprudence la justifient.

2920 Elle semble acquise depuis la modification du Code de l'organisation judiciaire apportée par la loi relative aux nouvelles régulations économiques : l'article L. 411-4 du COJ attribut compétence aux tribunaux de commerce pour toutes les contestations relatives aux sociétés commerciales, sans préciser que ces contestations doivent être nées entre associés.

2921 Voir J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle*, JCP. 1986, I, 3224, n° 28 et n° 63, qui soutient que la thèse de la banalité de la cession de contrôle est plus respectueuse de la personnalité morale.

2922 Voir B. OPPETIT, *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, RS. 1978.631, n° 6 et n° 29 ; *Lamy Sociétés commerciales 2001*, par J. MESTRE, n° 1002 ; Fr. DRUMMOND, note sous Com., 26 mars 1996, RS. 1997.88.

III L'analyse substantielle de la cession de contrôle

927 **Les propositions de l'analyse substantielle.** Le terme d'analyse substantielle regroupe un ensemble de propositions doctrinales dont le point commun est d'assimiler la cession de contrôle à une cession de l'entreprise. Le succès de cette doctrine n'a été que passager bien qu'il en reste quelques traces dans la jurisprudence récente.

928 La jurisprudence a été tentée, pendant un temps, d'appliquer à la cession de contrôle des dispositions prévues pour la cession de fonds de commerce. La Cour d'appel de Versailles a ainsi soumis la cession de contrôle à la loi du 29 juin 1935²⁹²³. La Cour de cassation a de la même façon approuvé une Cour d'appel d'avoir fait application de la loi du 2 janvier 1970, dite loi Hoguet, à l'intermédiaire qui était intervenu à l'occasion d'une cession de contrôle²⁹²⁴. La Cour de cassation a cependant abandonné cette position en 1990, lorsqu'elle a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles trois ans auparavant²⁹²⁵. De la même façon, la cession de contrôle a longtemps été considérée comme une cession d'entreprise du point de vue fiscal²⁹²⁶. Cependant, depuis l'arrêt Beauvallet-Naturana de 1984, la jurisprudence a condamné la doctrine fiscale traditionnelle²⁹²⁷.

929 Seule la jurisprudence sociale a maintenu partiellement des solutions proches de l'analyse substantielle. La réforme de 1982 a consacré une interprétation jurisprudentielle de l'article L. 432-1 du

2923 Versailles, 4 novembre 1987, B. Joly 1987, § 388, note D. L.

2924 Com., 17 novembre 1987, B. Joly 1987, § 389, D. LEPETIER ; RS. 1988.65, note P. LE CANNU ; RTDCom. 1988.423, n° 8, obs. J. DERRUPÉ ; RTDCom. 1988.454, n° 4, obs. Y. REINHARD ; JCP. E 1988, II, 15240, n° 9, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN. Voir également sur cet arrêt et la décision de la Cour d'appel de Versailles : M. JEANTIN, *La cession massive des titres d'une société et la transmission du fonds de commerce dont la société est propriétaire au regard du droit privé*, JCP. N, 1988, Prat. 608.

2925 Com., 13 février 1990, RS. 1990.251, note P. LE CANNU ; D. 1990.470, note C. D'HOIR-LAUPRÊTRE ; Com., 6 juin 1990, RS. 1990.620 ; Com., 19 décembre 1991, JCP. N 1992, II, 347, note H. LE NABASQUE. Certains juges du fonds restent cependant favorables à l'assimilation : Paris, 31 janvier 1997, B. Joly 1997, § 178, note P. LE CANNU.

2926 Voir par exemple Com., 13 décembre 1954, JCP. 1955 CI, 55508, obs. L. H. Voir également J. VAROCLIER, *La transformation des sociétés et la notion d'être moral nouveau*, thèse dactyl., Paris I 1982, p. 58 sqq.

2927 Com. 7 mars 1984, BC., IV, n° 94 ; DF. 1984, Comm. 1293 ; RJF. 6/84, n° 805 ; Def. 1984, art. 33406, n° 13, obs. B. JADAUD ; RS. 1985.406, note J.-P. SORTAIS ; JCP. E 1984, II, 14354, note C. DAVID ; *Les sociétés*, collection Thémis Les grandes décisions de la jurisprudence, par Y. CHARTIER et J. MESTRE, PUF. 1988, n° 5, p. 26 sqq. L'administration fiscale a modifié sa doctrine à la suite de ces décisions : BODGI 7-H-6-82, JCP. E, 1987, IV, 9100.

Code du travail et impose aujourd'hui l'information et la consultation du comité d'entreprise lors d'une cession de contrôle²⁹²⁸. Alors que les créanciers peuvent souhaiter mettre fin à leurs relations avec la société en cas de changement de contrôle, les salariés souhaitent au contraire le maintien de leur contrat de travail²⁹²⁹. L'existence de la personnalité morale permet d'affirmer la constance de leur cocontractant. Le journaliste fait cependant figure d'exception. La jurisprudence a ainsi adopté une interprétation large de l'article L. 761-7 du Code du travail qui permet au journaliste de se retirer en cas de cession du journal. Elle a assimilé la cession de contrôle de la société éditrice à une cession du journal lui-même²⁹³⁰, c'est-à-dire à une cession de l'entreprise. Le journaliste peut donc rompre son contrat de travail tout en percevant l'indemnité prévue par l'article L. 761-5 du Code du travail en cas de rupture du fait de l'employeur.

930 La négation de la personnalité morale. L'application des dispositions prévues pour la cession de fonds de commerce à la cession de contrôle a été critiquée par certains auteurs au motif que la jurisprudence « niait les effets de la personne morale de la société »²⁹³¹. Une partie de la doctrine approuvait cependant cette jurisprudence au nom du réalisme et d'une analyse substantielle et non plus simplement formelle²⁹³². L'assimilation de la cession de contrôle à la cession d'entreprise était également une négation de la personnalité morale²⁹³³, dans la mesure où la personnalité morale de la

2928 Crim., 2 mars 1978, affaire Haulotte, D. Soc. 1978.375 ; J. SAVATIER, *Le comité d'entreprise doit-il être consulté sur une cession d'actions réalisant une cession de contrôle de l'entreprise ?*, D. Soc. 1978.369 ; JCP. 1979, II, 19052, note Ph. SALVAGE ; RS. 1979.553, note B. BOULOC.

2929 Voir Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 446.

2930 Soc., 21 juin 1984, RS. 1984.127, note M. JEANTIN ; Soc., 12 janvier 1994, RJDA. 2/94, n° 172 ; RJDA. 1994.126, conclusions R. KESSOUS, sur Soc., 12 janvier 1994 ; JCP. E 1994, II, 580, note M. JEANTIN.

2931 En ce sens : M. JEANTIN, *Droit des Sociétés*, 3^{ème} éd., collection Domat-Droit privé, Montchrestien 1994, n°807 ; Ph. NECTOUX, *La prise de contrôle dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse 1974, p. 425 ; B. OPPETIT, *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, RS. 1978.631, n° 29. Voir cependant B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963, p. 155, selon qui la notion de contrôle permet d'écarter l'application du principe de séparation de la personne morale et de ses membres. La doctrine de Bruno Oppetit a considérablement évolué après sa thèse.

2932 Voir D. ROUX, *La spécificité de la cession de contrôle*, RS. 1980.49, spéc. n° 42 sqq.

2933 Voir J. VALLANSAN, *La cession d'entreprise*, thèse dactyl., Caen 1986, n° 350, qui conteste la pertinence de l'analyse ; J. M. CONTINHO DE ABREU, *Personnalité morale, subjectivité juridique et entreprise*, RIDÉco. 1996.171, qui propose une

société s'oppose à ce que le cédant soit assimilé au vendeur d'un fonds de commerce²⁹³⁴. La requalification fiscale de la cession de contrôle en cession de l'entreprise était interprétée comme une méconnaissance de la personnalité morale de la société²⁹³⁵. Une telle proposition compromettrait gravement la possibilité d'une théorie juridique cohérente de la personnalité morale en ce qu'elle remettrait en cause la constance du concept. Pour cette raison, il est préférable d'écarter les opinions qui remettent en cause la personnalité morale. L'analyse substantielle ne convainc guère.

§ 2 Le respect de la personnalité morale

931 La transparence de la personnalité morale ne peut être totalement niée mais elle doit être bien comprise et intégrée dans une théorie juridique cohérente. Le changement dans la composition d'un groupement personnifié n'a, en principe, aucune influence sur la personnalité morale. Le droit romain affirmait déjà que « dans l'ordre des décurions, ou dans toute autre communauté, il est indifférent que les mêmes membres subsistent, ou seulement une partie, ou même que tous les membres aient été changés »²⁹³⁶. Cette idée a été quelque peu oubliée au début du XX^e siècle. La doctrine avait tendance à rejeter les sociétés à associés fixes, telles les sociétés en nom collectif, en dehors de la sphère de la personnalité morale, sans doute par attachement à un principe strict de séparation²⁹³⁷. En réalité, si l'absence de novation de la cession de contrôle en cession de l'entreprise ne fait aucun doute, il ne faut pas entendre trop strictement le principe de séparation (I). On constatera alors qu'une théorie nuancée de la personnalité morale peut fournir des éléments de réponse à des questions laissées non élucidées (II).

I L'absence de novation de la cession de contrôle

932 La cession de titres sociaux ne change pas de nature au motif qu'elle porte non plus sur une petite quantité mais sur un bloc qui confère le contrôle de la société. La commercialité de la cession de contrôle comme son traitement fiscal ne sont pas des remises en cause de la personnalité morale. L'analyse substantielle elle-même semble

« dévalorisation systématique-relative de la personnalité morale ».

2934 Voir D. BASTIAN, note sous Req., 12 janvier 1942, JCP. 1942, II, 1913.

2935 En ce sens D. ROUX, article précité, spéc. n° 21 sqq.

2936 Ulpian, D. 3.4.7, § 2.

2937 Voir Ch. HANNOUN, *Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés*, D. 1994, Chr. 67, n° 2, pour qui la thèse de la banalité de la cession de contrôle est liée au renforcement de la personnalité morale.

pouvoir avoir une place dans une théorie juridique cohérente et respectueuse de la personnalité morale.

933 La commercialité de la cession de contrôle. La qualité commerciale donnée à la cession de contrôle apparaît certes comme phénomène de transparence²⁹³⁸. Mais s'agit-il d'une remise en cause de la personnalité morale ? La réponse apparaît évidemment négative dans la mesure où la cession ne porte pas sur l'actif social²⁹³⁹. Il est indéniable, en revanche, qu'elle a une influence sur l'activité sociale²⁹⁴⁰. Monsieur Massart conteste cependant que la cession de contrôle soit commerciale en raison d'une incidence sur le pacte social²⁹⁴¹. Il n'y a pas nécessairement de réorganisation de la société et une modification éventuelle ne peut avoir de conséquence sur la qualification de l'opération ; de plus, il n'y a pas toujours modification de la direction²⁹⁴². Le contrôle constitue pourtant un pouvoir considérable résultant des règles d'organisation de la société. Par l'effet du mécanisme sociétaire, le cessionnaire d'un bloc de contrôle acquiert un pouvoir sur l'organisation elle-même. Ce pouvoir peut aller jusqu'à modifier les statuts. La cession de contrôle s'accompagne souvent, en pratique, de modifications significatives de l'organisation²⁹⁴³ : augmentation de capital, modification de l'objet social etc.²⁹⁴⁴. L'opération comprend le plus souvent des dispositions complexes qui apparentent la cession de contrôle à un montage. Il peut s'agir aussi, pour l'acquéreur d'une fraction plus modeste du capital social, du pouvoir de s'opposer à la décision de modification des statuts, ou encore du droit de demander une expertise de gestion. Le titulaire d'une seule part détient lui-même une part de ce pouvoir, notamment par la faculté qui lui est reconnue d'exercer

2938 Ch. HANNOUN, article précité, n° 7.

2939 Voir par exemple Civ. I, 6 décembre 1994, BC., I, n° 365 ; RTDCiv. 1995.644, obs. P.-Y. GAUTIER.

2940 En ce sens : F.-X. VINCENSINI, *La commercialité (Recherches sur l'identification d'une activité)*, préf. J. MESTRE, PUAM. 1998, n° 755 sqq.

2941 Voir Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 358 sq. Voir également N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation. Essai sur la distinction entre l'objet et l'effet de l'obligation*, préf. A. GHOZI, Economica 1998, n° 544 sqq.

2942 Voir cependant P. DIDIER, *Droit commercial, t. 2, L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF 1999, p. 626.

2943 Voir A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *La cession de contrôle, mode de cession de l'entreprise*, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève n° 54, Georg Genève 1977, p.143 sqq.

2944 Voir C. J. BERR, *La place de la cession de contrôle en droit des sociétés*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, t. I, *Droit des sociétés*, Librairie technique 1974, p. 1, qui voit dans ce changement une modification du régime politique de la société.

individuellement l'action sociale. Il semble donc difficile d'affirmer que la cession de contrôle ne met pas en jeu l'organisation de la société et son activité. La notion de contrôle présente indéniablement un caractère organisationnel²⁹⁴⁵. Il est contestable d'affirmer que la société reste étrangère à la cession. Se trouve ainsi justifiée la commercialité des conventions aménageant l'organisation de la société²⁹⁴⁶. La cession de contrôle offre un pouvoir d'organisation et de modification de l'organisation au cessionnaire. Cela est particulièrement évident lorsque la cession porte sur une telle quantité de titres que le cessionnaire acquiert le pouvoir de modifier les statuts. Mais cela reste juste en dehors des cas de modifications statutaires. Le simple associé majoritaire acquiert un pouvoir de modification de l'organisation, de l'entreprise sociétaire. En tant que telle, elle est déjà une modification de l'organisation elle-même.

934 En définitive, il est permis de s'interroger sur la possible extension de la solution au-delà de la cession de contrôle : la cession de titres isolés ne devrait-elle pas de la même façon recevoir la qualification d'acte commercial²⁹⁴⁷ ? Dès lors que l'on a reconnu le lien entre tout titre et l'activité sociale, d'une part, et entre l'activité sociale et la commercialité, d'autre part, il n'y a aucune raison de rejeter cette opinion. On a parfois soutenu que les investisseurs ne souhaiteraient pas devenir commerçants et que la commercialité ferait fuir les épargnants²⁹⁴⁸. Il ne s'agit pas cependant de reconnaître la qualité de commerçant à une personne mais à un acte. En quoi l'investisseur serait-il dissuadé d'agir si l'acte était commercial plutôt que civil ? L'argument ne convainc donc guère²⁹⁴⁹. Il n'y a donc aucune raison de ne pas considérer toute cession d'action comme un acte de nature commerciale, qu'elle emporte ou non transfert du contrôle.

2945 Voir D. PLANTAMP, *Le critère de la cession de contrôle*, RTDCom. 1999.819, spéc. n° 12 sqq. Ce constat a conduit des auteurs à proposer de soumettre la cession de contrôle à l'assemblée extraordinaire des actionnaires : J. PAILLUSSEAU, R. CONTIN, *La cession de contrôle (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes)*, JCP. 1969, I, 2287, n° 41.

2946 Com., 26 mars 1996, RS. 1997.88, note Fr. DRUMMOND ; JCP. E 1996, I, 855, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; JCP. E 1996, II, 855, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 1996.647, n° 1, obs. J. DERRUPÉ ; D. 1996, Somm. 343, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; B. Joly 1996.588, note N. RONTCHEVSKY.

2947 Voir Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 374 sqq.

2948 En ce sens : J. SCHMIDT, note sous Com., 5 décembre 1966, D. 1967.409.

2949 Voir cependant Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 376.

935 **L'analyse substantielle.** On peut relever trois modes d'affirmation du particularisme de la cession de contrôle : la novation, la requalification et la relation d'équivalence. S'« il arrive un moment où le nombre et l'importance des exceptions sont tels qu'ils éclipsent le principe originel »²⁹⁵⁰, force est de reconnaître que le seuil est encore loin d'être atteint en matière de cession de contrôle. En réalité, à aucun moment le droit positif n'a imposé de remettre en cause la personnalité morale.

936 La thèse de la novation de la cession de contrôle en cession de l'entreprise n'a jamais été admise. Aucune juridiction n'a affirmé la transformation nécessaire de la cession d'actions en une cession d'entreprise lorsqu'elle portait sur des titres conférant le contrôle de la société²⁹⁵¹. Les tribunaux se fondaient sur deux séries d'éléments : l'intention des parties et les circonstances de la cession. Alors même qu'elle semblait consacrer l'analyse substantielle, la jurisprudence procédait en réalité à une requalification de l'opération. La cession ne change pas en raison du nombre de titres cédés mais parce que les parties ont voulu réaliser un autre type d'opération.

937 En matière fiscale notamment, des auteurs ont démontré qu'il s'agissait alors d'une véritable requalification²⁹⁵². Il n'y a jamais eu novation de la cession de droits sociaux en une cession de fonds de commerce, d'actifs ou d'entreprise : « ce n'est pas parce que la cession de parts opère un transfert de contrôle qu'elle subit une modification de sa nature, mais c'est parce qu'elle ne constitue plus une opération sur titres qu'on ne peut y voir davantage une prise de contrôle de la société »²⁹⁵³. L'arrêt Beauvallet-Naturana a condamné la doctrine fiscale traditionnelle qui requalifiait les cessions de contrôle en cessions de l'entreprise²⁹⁵⁴. Cette décision, prise au visa des articles 5 de la loi de 1966 (devenu L. 210-6 du Code de commerce) et 1649

2950 Voir J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle*, JCP. 1986, I, 3224, n° 9.

2951 Voir B. OPPÉTIT, *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, RS. 1978.631, n° 8.

2952 Voir Ph. NECTOUX, *La prise de contrôle dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse 1974, p. 189 sq. ; B. OPPÉTIT, *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, RS. 1978.631, n° 9.

2953 Ph. NECTOUX, thèse précitée, p. 190.

2954 Com. 7 mars 1984, BC., IV, n° 94 ; DF. 1984, Comm. 1293 ; RJF. 6/84, n° 805 ; Def. 1984, art. 33406, n° 13, obs. B. JADAUD ; RS. 1985.406, note J.-P. SORTAIS ; JCP. E 1984, II, 14354, notre C. DAVID ; *Les sociétés*, collection Thémis Les grandes décisions de la jurisprudence, par Y. CHARTIER et J. MESTRE, PUF. 1988, n° 5, p. 26 sqq. Voir également J. PAILLUSSEAU, *La fiscalité de la cession de contrôle*, D. 1984, Chr. 207.

quinquies B du Code général des impôts, énonce que la société n'ayant jamais cessé d'exister en tant que personne morale et les cédants des actions n'ayant pas qualité pour disposer de l'actif social, l'opération invoquée comme réelle par l'administration des impôts ne pouvait être retenue. La cession de contrôle est en définitive une forme de modification de l'organisation²⁹⁵⁵. Cela est particulièrement évident si l'on rapproche l'arrêt Beauvallet d'une autre décision rendue le même jour par la même juridiction. Dans l'affaire Le Joncour, la Cour de cassation a affirmé le maintien de la personnalité morale de la société en commandite simple transformée en société civile après cession de son fonds de commerce à une société anonyme²⁹⁵⁶. Aujourd'hui, la requalification est encourue si d'autres modifications affectent l'organisation de manière grave et incompatible avec sa structure d'origine²⁹⁵⁷, ou si l'opération s'avère frauduleuse²⁹⁵⁸. Il peut en être ainsi en cas de modification de l'objet social. Aux termes de l'article 221 bis du CGI, le changement d'activité qui se traduit par l'exercice d'une activité *totale et nouvelle* peut être considéré comme une cessation d'entreprise.

938 On pourrait considérer que l'application des règles relatives à la cession de fonds de commerce était également le résultat d'une requalification. Mais il semble que la jurisprudence ne soit pas allée aussi loin qu'en matière fiscale. Elle n'aurait jamais posé qu'un rapport d'équivalence entre la cession de contrôle et celle de l'entreprise²⁹⁵⁹. Selon Monsieur Hannoun, au regard des dispositions de la loi de 1935 ou de celles de la loi de 1970²⁹⁶⁰, la cession de contrôle est considérée comme un équivalent de la cession du fonds de commerce. Monsieur Lyon-Caen propose, dans le même sens, de

2955 La même solution devrait jouer en matière de société civile. En ce sens : J.-Cl. BRAULT, *La cession de toutes les parts d'une société civile immobilière*, Def. 1991, art. 35147.

2956 Com. 7 mars 1984, BC., IV, n° 95 ; RJF. 6/84, n° 804 ; RS. 1984.804, note M. JEANTIN ; RTDCom. 1984.684, n° 2, note M. JEANTIN ; JCP. E 1984, II, 14353, note C. DAVID. Voir également Com., 26 avril 1984, BC., IV, n° 137 (cession de contrôle et modification de l'objet social, du capital social et insertion d'une clause de non concurrence) ; Com., 16 octobre 1984, BC., IV, n° 263 (transformation régulière d'une société). Voir également C. DAVID, *Transformation de sociétés et droit fiscal. Réflexions sur Com., 7 mars 1984*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 221.

2957 Voir Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^{ème} éd. avec la collaboration de A. FAUCHON, Dalloz 2001, n° 657.

2958 CE., 2 mars 1987, RS. 1988.81, note C. DAVID.

2959 En ce sens Ch. HANNOUN, *Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés*, D. 1994, Chr. 67, n°12.

2960 La loi de 1935 a été codifiée aux articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce.

déduire de la finalité de la norme à appliquer le traitement de la cession de contrôle²⁹⁶¹. En définitive, la déformation atteindrait moins la personnalité morale que la disposition qu'il s'agirait de mettre en œuvre en dehors de son strict champ d'application. La notion de rapport d'équivalence conduit à une position plus nuancée et respectueuse de la personnalité morale. Elle présente cependant un caractère fonctionnel peu satisfaisant alors que les dispositions en cause sont claires et précises. La simple interprétation semble impuissante à fonder les solutions défendues ailleurs par les promoteurs de l'analyse substantielle.

939 Les mêmes observations pourraient évidemment s'appliquer en droit du travail. Il faut cependant nuancer le propos. Un texte de loi est intervenu en 1982 pour consacrer l'obligation de consultation du comité d'entreprise en cas de cession de contrôle : l'article L. 432-1 du Code du travail. L'existence de cette disposition conduit à reposer la question, mais, sauf à faire preuve d'un légalisme étroit, ne fournit aucune réponse. Il faut donc chercher le fondement de la disposition. Ce fondement se trouve dans l'aspect organisationnel de la cession de contrôle. La prise de contrôle d'une société s'accompagne le plus souvent de modifications des statuts, des conditions de travail, plus généralement de tout ce qui constitue l'organisation de la société. Les salariés de la société acquise subissent alors les conséquences de la cession de contrôle. De la même façon que l'aspect organisationnel de la cession entraîne la soumission de l'opération à la compétence commerciale, il doit entraîner l'application des règles du droit du travail. Ces règles ne visent pas la personnalité morale mais l'organisation. Dès lors que l'on admet que la cession de contrôle a une influence sur l'organisation, les règles sociales peuvent être mises en œuvre sans négation de la personnalité morale. On peut également remarquer que le rapport d'équivalence semble plus facile à établir dans l'article L. 761-7 du Code du travail que dans les textes relatifs à la cession de contrôle. La cession du journal se prête en effet à une interprétation large. Il ne s'agit pas d'une catégorie juridiquement déterminée. Il ne s'agit pas nécessairement de l'entreprise de presse en son entier qui peut comprendre plusieurs périodiques. La cession *du journal* peut donc revêtir la forme d'une cession de contrôle de la

2961 A. LYON-CAEN, *Le contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques*, thèse dactyl., Paris II 1975, n° 456, spéc. p. 945 sq., qui relève également à cette occasion que soutenir que les associés doivent être protégés ne conduit pas nécessairement à considérer que la cession de contrôle n'est plus une cession d'actions.

société qui l'édite sans que la personnalité morale soit remise en cause²⁹⁶². On peut relever en faveur de cette interprétation le fait qu'en 1982 le législateur a modifié uniquement les dispositions relatives à l'information et à la consultation du comité d'entreprise pour en étendre le champ d'application. Il n'a fait à cette occasion aucune référence à la personnalité morale de la société. L'admission par le droit du travail de certaines conclusions de l'analyse substantielle n'implique pas que celle-ci a été consacrée. Le particularisme du droit du travail s'explique non par son autonomie mais par son objet : les dispositions en cause intéressent l'organisation et non la personne morale elle-même.

940 L'étude du droit positif fait apparaître qu'il n'est pas impossible de reconnaître un certain particularisme à la cession de contrôle tout en respectant la personnalité morale. Le principe de séparation doit être sainement entendu pour ne pas conduire à des solutions trop rigides. A partir de ce constat, il est permis de proposer une extension de l'analyse à des questions laissées sans réponse.

II L'extension de la proposition

941 Une questions peut sans doute recevoir un début de réponse si l'on admet que la transparence n'est pas une exception à la personnalité morale mais peut résulter de sa nature même. Il s'agit de la question du sort des contrats conclus par la société dont les titres sont cédés. !!**SUPPRIME PRIME**

942 **L'influence de la cession de contrôle sur les contrats conclus par la société.** Le changement de contrôle d'une société peut avoir une influence sur l'exécution des conventions qu'elle avait conclues avant l'opération. Le cocontractant peut ne pas être satisfait de ce changement²⁹⁶³. Cependant, juridiquement, les parties sont toujours les mêmes : la société a conservé sa personnalité²⁹⁶⁴. Le contrat ne peut être remis en cause de plein droit du seul fait de la cession de contrôle. Est-il possible alors de rompre le contrat sans faute au motif que son contractant n'est plus le même ?

2962 Voir M. JEANTIN, note sous Soc., 21 juin 1984, RS. 1984.127, qui justifie la solution, non par le particularisme de la cession de contrôle mais par celui de l'entreprise de presse.

2963 Voir Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 421 sqq. Voir également A. VIANDIER, *Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés*, in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec 1998, p. 193 sqq.

2964 Voir D. MAINGUY, *Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée*, RS. 1996.17, n° 7.

943 En présence d'une clause, la résiliation est possible. La licéité de la disposition ne fait plus de doute aujourd'hui. Elle a été affirmée notamment par la Cour d'appel de Paris qui a considéré que le concept de personnalité morale « n'est nullement exclusif de relations conclues "intuitu personae" »²⁹⁶⁵. La clause doit cependant être rédigée avec précision, sous peine d'être inefficace. La Cour de cassation a censuré une Cour d'appel qui avait dénaturé une convention de concession exclusive qui liait un médecin et une clinique²⁹⁶⁶. Les juges du fond avaient déclaré inopposable aux cessionnaires du contrôle le contrat de concession alors que seules étaient visées par la clause la cession, la fusion et la transformation du fonds ainsi que toute modification de la situation juridique de la clinique. La Cour de cassation a jugé que la cession de la majorité des actions, opération non visée par la clause, n'était ni une cession du fonds ni une modification de la situation juridique de la clinique.

944 La prise de contrôle d'une société contrôlant elle-même une autre société apparaît plus complexe²⁹⁶⁷. En principe, la procédure d'agrément prévue par les statuts ne s'applique pas à la prise de contrôle d'une société associée, alors même que cette société détient le contrôle. Il est possible de prévoir une disposition statutaire contraire afin d'imposer l'agrément de l'acquéreur qui prend le contrôle de l'associé de contrôle : il s'agit d'un agrément au second degré. La validité de cette clause semble acquise aujourd'hui²⁹⁶⁸. La jurisprudence admet, en outre, depuis l'affaire Rivoire et Carret-Barilla que la prise de contrôle peut être sanctionnée si elle est frauduleuse²⁹⁶⁹. La Cour de cassation a précisé cependant que la fraude ne se présume pas²⁹⁷⁰. Une autre voie serait, enfin, d'insérer une clause d'exclusion dans les statuts. Le procédé est cependant doté d'une efficacité incertaine dans la mesure où la validité des clauses d'exclusion reste débattue. La doctrine semble subordonner l'efficacité

2965 Paris, 25 janvier 1995, affaire Polyfilla, RJDA. 10/95, n° 1103.

2966 Com., 17 octobre 1996, B. Joly 1996, § 14, note Th. MASSART.

2967 Voir Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 432 sqq.

2968 Sur la question de leur validité : Th. MASSART, thèse précitée, t. II, p. 434 sqq.

2969 Com., 27 juin 1989, BC 209 ; RDBB 1989.176, n° 2, obs. M. JEANTIN, A. VIANDIER ; D. 1990.314, note J. BONNARD ; RTDCom. 1990.50, n° 3, obs. Y. REINHARD.

2970 Com., 13 décembre 1994, affaire du Midi libre, B. Joly 1995, § 39, note P. LE CANNU ; JCP. E 1995, II, 705, note Y. PACLOT ; RS. 1995.198, note D. RANDOUX ; JCP. E 1995, I, 447, n° 4, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; RJDA. 3/95, n° 292 ; H. LE NABASQUE, *Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires*, RJDA. 3/95, p. 200.

de la clause d'exclusion à l'existence d'un texte²⁹⁷¹. Du point de vue pratique, seules la société par actions simplifiée et les sociétés à capital variable semblent donc pouvoir se protéger au moyen de clause d'exclusion²⁹⁷².

945 La simulation semble difficile à mettre en œuvre en la matière²⁹⁷³. Elle semble se heurter à un obstacle. La simulation intervient entre deux personnes qui conviennent le plus souvent qu'un acte apparent sera contredit par un acte occulte, dit contre-lettre, qui recevra seule application dans leurs relations. La simulation suppose une permanence des parties, alors que dans la situation présente, l'acte apparent est intervenu entre le cédant et le cessionnaire des parts et la contre-lettre entre la société et le cessionnaire²⁹⁷⁴. Pour que la solution soit conforme à la théorie de la simulation, il faudrait nier la personnalité morale de la société. On ne peut davantage prétendre obtenir la requalification de l'opération. En effet, la requalification est possible à la seule condition que l'opération en cause présente les caractères objectifs de la catégorie dans laquelle on souhaite la faire entrer. Or la cession de contrôle est aujourd'hui nettement considérée comme une cession de parts sociales et non d'actifs. La seule véritable limite en droit positif semble être la fraude²⁹⁷⁵.

946 La Cour de cassation ne paraît guère favorable à la reconnaissance d'un droit de résiliation en l'absence de clause²⁹⁷⁶. La

2971 Voir H. LE NABASQUE, *Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires*, RJDA. 3/95, p. 200 ; A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN, obs. sur Com., 13 décembre 1994, JCP. E 1995, I, 447, n° 4.

2972 Articles L. 227-17 du Code de commerce (SAS) et L. 231-6 du Code de commerce (société à capital variable).

2973 Voir P.-Y. GAUTIER, *Halte aux mirages de la Personnalité morale !*, obs. sous Civ., 6 décembre 1994, et Com., 13 décembre 1994, RTDCiv. 1995.644, et *Halte aux mirages de la Personnalité morale ! (suite). Le réalisme en matière de cessions de contrôle marque des points*, obs. sous CE., 31 juillet 1996, Paris 31 janvier 1997 et Com., 21 janvier 1997.

2974 En sens contraire : M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, préf. P. HÉBRAUD, Bibl. dr. priv. n° 73, LGDJ 1967, n° 69 et n° 119.

2975 Ce que regrette cependant Monsieur Gautier : P.-Y. GAUTIER, *Halte aux mirages de la Personnalité morale !*, obs. sous Civ., 6 décembre 1994, et Com., 13 décembre 1994, RTDCiv. 1995.644, et *Halte aux mirages de la Personnalité morale ! (suite). Le réalisme en matière de cessions de contrôle marque des points*, obs. sous CE., 31 juillet 1996, Paris 31 janvier 1997 et Com., 21 janvier 1997.

2976 Com., 17 octobre 1996, B. Joly 1996, § 14, note Th. MASSART ; Com., 29 juin 1993, JCP. E 1994, II, 562, note Ch. HANNOUN. Voir cependant Com., 15 janvier 1991, Dr. Soc. 1991, Comm. 135, qui a admis que la cession de 95 % des actions d'une société franchisée à un concurrent du franchiseur justifiait la résiliation du contrat. Voir également Com., 24 mai 1982, RS. 1983.361, note J. BÉGUIN, pour la réparation de la rupture prétendument abusive consécutive à un changement de contrôle.

jurisprudence administrative est plus libérale sur ce point. Le Conseil d'Etat a jugé que la prise de contrôle d'une société concessionnaire de service public par une société d'économie mixte contrôlée elle-même par une commune voisine et concurrente autorisait le concédant à prononcer la résiliation²⁹⁷⁷. Les juges du fonds de l'ordre judiciaire accueillent parfois les prétentions des cocontractants qui souhaitent se libérer d'une relation contractuelle devenue indésirable²⁹⁷⁸. La doctrine également est divisée sur la nécessité d'une clause expresse. Madame Priéto juge « impératif qu'une clause, spécifique et précise dans son contenu, annonce un *intuitu socii* »²⁹⁷⁹. En revanche, Monsieur Mainguy soutient que l'*intuitu personae* naît de l'intention des parties sans qu'il soit nécessaire que cette volonté commune s'exprime dans une clause particulière²⁹⁸⁰. La société elle-même, par l'*intuitu societatis*, ou *firmae*²⁹⁸¹ peut être intégrée dans le contrat²⁹⁸². Elle est réifiée dès lors que « la personne a une incidence sur l'objet qu'elle fournit »²⁹⁸³. Il faut reconnaître qu'au-delà de la simple considération de la société, intégrée dans le contrat, la prise en compte de la personne des associés introduit un véritable *intuitu socii* dont la preuve est sans doute plus difficile à apporter²⁹⁸⁴.

947 En réalité, il semble que la théorie de la personnalité morale n'implique pas une solution aussi étroite au problème de l'*intuitu societatis*. L'hostilité de la jurisprudence semble pourtant être fondée sur une certaine conception de la personnalité morale de la société²⁹⁸⁵.

2977 CE., 31 juillet 1996, JCP. 1997, II, 22790, conclusions J.-M. DELARUE.

2978 Paris, 7 novembre 1996, JCP. 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON.

2979 C. PRIÉTO, *La société contractante*, préf. J. MESTRE, PUAM 1994, n° 708. Voir également J. PRIEUR, *Droit des contrats et droit des sociétés*, in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec 1997, p. 371, spéc. p. 382 sqq.

2980 Voir D. MAINGUY, *Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée*, RS. 1996.17.

2981 Voir M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse dactyl., Paris II 1974, n° 378 sqq.

2982 Voir D. MAINGUY, article précité, n° 10.

2983 M. CONTAMINE-RAYNAUD, thèse précitée, n° 28.

2984 En ce sens : P. GODÉ, *Les intérêts des cocontractants (en cas de prise de contrôle d'une société)*, in RJC. 1998, n° spécial *La prise de contrôle d'une société*, novembre 1998, p. 118 sqq., spéc. p. 121 sq. Sur la distinction entre *intuitu societatis* et *intuitu socii* : C. PRIÉTO, *La société contractante*, préf. J. MESTRE, PUAM 1994, n° 700 sqq., l'*intuitu societatis* vise l'ensemble des qualités de la société qu'un contractant peut avoir en vue lors de la conclusion d'une convention ; l'*intuitu socii* vise la considération de la personne des associés et/ou des dirigeants.

2985 Com., 17 octobre 1996, B. Joly 1996, § 14, note Th. MASSART, qui prononce la cassation pour dénaturation d'une convention au visa des articles 1134 du Code civil et 5 de la loi de 1966. Voir également C. PRIÉTO, *Evénements affectant la personne de la société contractante*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM. 1997, p. 81, n° 12 ; J. PRIEUR, *Droit des contrats et droit des sociétés*, in

Il est admis que l'*intuitu personae* est une notion pertinente en matière de personne morale. La personne des associés et/ou des dirigeants, la forme d'organisation, l'objet social peuvent être pris en considération par les cocontractants de la société²⁹⁸⁶. L'*intuitu socii*, qui conduit à prendre en considération l'identité des associés, n'implique-t-il pas une remise en cause de la personnalité morale ? C'est à nouveau avoir une conception étroite du principe de séparation. En réalité, dans la mesure où la personnalité morale rend opposable l'organisation créée afin de promouvoir un intérêt spécifique, les modifications apportées à cette organisation doivent également être opposables. Avec Monsieur Wicker, on peut affirmer que la personnalité morale « ne saurait donc faire écran et interdire [aux tiers] de subordonner leur engagement au maintien de l'organisation et de la composition de la société puisque précisément en raison de l'opposabilité de celle-ci, ces éléments s'imposent à eux »²⁹⁸⁷. C'est, en définitive, la solution que la jurisprudence sociale a dégagé en faveur du journaliste professionnel que l'on peut généraliser²⁹⁸⁸.

948 Dès lors que l'*intuitu socii* est non seulement compatible avec l'affirmation de la personnalité morale, mais qu'il en est une conséquence normale, rien n'interdit sa reconnaissance même en l'absence de stipulation expresse²⁹⁸⁹. Les clauses ont en réalité pour fonction principale d'exprimer l'*intuitu socii* de manière non équivoque et surtout d'organiser la procédure de résiliation. Elles n'ont pas pour raison d'être la création de l'*intuitu socii*. Cette solution peut paraître dangereuse pour la stabilité du lien contractuel. Cependant, qu'il y ait une clause ou non, le juge contrôlera la faculté de résiliation : il appréciera la proportionnalité de la disposition au regard des intérêts des parties et sanctionnera les abus dans la résiliation²⁹⁹⁰.

Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Litec 1997, p. 371, spéc. p. 382.

2986 Paris, 25 janvier 1995, RJDA. 10/95, n° 1103 cassé par Com., 14 janvier 1997, RJC. 1998.178, note G. WICKER, l'analyse de l'*intuitu personae* en matière de société est cependant approuvé par la Cour de cassation. Voir également C. PRIÉTO, thèse précitée, n° 700 sqq.

2987 G. WICKER, note précitée.

2988 Sur le rapprochement des situations : C. PRIÉTO, article précité, n° 12 bis.

2989 En ce sens G. WICKER, note précitée.

2990 Com., 2 juillet 1991, RJDA. 8-9/91, n° 703 ; RTDCiv. 1992.92, obs. J. MESTRE ; Paris, 25 janvier 1995, RJDA. 10/95, n° 1103 (contrôle de la proportionnalité de la clause et de l'abus dans sa mise en œuvre) cassé par Com., 14 janvier 1997, RJC. 1998.178, note G. WICKER (cassation pour manque de base légale : la motivation de l'arrêt ne permettait pas d'établir l'abus dans l'exercice de la faculté de résiliation).

949 **Conclusion : la constance de la personnalité morale.** La cession de contrôle ne remet pas en cause la personnalité morale de la société²⁹⁹¹. La thèse de la non spécificité est certainement plus respectueuse de la personnalité morale de la société²⁹⁹², mais on ne peut la pousser trop loin au risque de méconnaître l'aspect organisationnel de l'opération. Méconnaître la personnalité morale dans le cas de la cession de contrôle, afin de lui appliquer les règles de la cession de fonds de commerce remettrait en cause une théorie qui a fait ses preuves. En réalité, la personnalité morale est un concept constant²⁹⁹³ : la cession de contrôle ne saurait le remettre en cause. S'il est permis de soutenir, par exemple, que la protection des créanciers dans la cession de contrôle illustre les « limites du dogme de la personnalité morale »²⁹⁹⁴, cela signifie uniquement que la théorie traditionnelle a péché par excès de dogmatisme. Elle a entendu trop étroitement le principe de séparation et a souvent confondu la personnalité morale et l'organisation. Or si la cession de contrôle a une influence sur l'organisation, elle n'en a guère sur la personnalité morale. Au contraire, la personnalité morale impose-t-elle, elle-même, une certaine spécificité de la cession de contrôle : c'est bien davantage la cession de contrôle qui est atteinte, que l'inverse. Dans la mesure où la personnalité morale a pour fonction de rendre opposable l'organisation, toute convention qui a un effet organisationnel tend à revêtir une certaine spécificité. Ainsi s'explique la commercialité de la cession de contrôle, mais aussi certaines décisions apparemment favorables à l'analyse substantielle.

950 En définitive, la cession de contrôle s'insère parfaitement dans le cadre conceptuel dessiné jusqu'ici. Elle reste assez proche des phénomènes de transparence naturelle tout en se rattachant davantage à la transparence exceptionnelle. Il reste à défendre le concept de personnalité morale et la possibilité d'une théorie juridique cohérente contre une dernière attaque : celle de la théorie de la levée du voile social.

2991 Voir Th. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995, t. II, p. 377.

2992 Voir J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle*, JCP. 1986, I, 3224, n° 28 et n° 63, qui soutient avec constance la position de l'École de Rennes.

2993 Voir Th. MASSART, thèse précitée, t. II, p. 391.

2994 Voir Th. MASSART, thèse précitée, t. II, p. 431.

Section II La levée du voile social

951 La personnalité morale est également contestée par des prétentions doctrinales qui tendent à la transformer en une notion fonctionnelle et relative. L'objet essentiel de cette doctrine est de faire disparaître la personnalité morale lorsqu'elle heurte une certaine conception de la justice, voire de l'équité. Cette prétendue levée du voile social se rencontre tant en droit international (§1) qu'en droit interne (§2). Mais, en aucun cas, la personnalité morale n'est remise en cause. On constatera que, malgré les arguments avancés, certains phénomènes relèvent davantage de la transparence naturelle que de la transparence accidentelle tandis que d'autres s'expliquent par l'application du droit commun des obligations et non par une prétendue levée de voile social.

§1 La levée du voile social en droit international

952 L'étude portera d'abord sur la levée du voile social en temps de guerre (I) puis en temps de paix (II). L'ordre inverse pourrait paraître plus logique. Cependant il n'en est rien car la question de la transparence de la personnalité morale s'est en réalité d'abord posée en temps de guerre.

I La levée du voile social en temps de guerre

953 Il est courant de lire que la nationalité des personnes morales est déterminée par référence au siège social en droit français²⁹⁹⁵. La législation adoptée en temps de guerre a cependant conduit à s'interroger sur la validité de la proposition (A) et à de nouvelles théories (B).

A) La législation de guerre

954 La question de la nationalité des sociétés s'est posée en des termes nouveaux à l'occasion de la Première Guerre Mondiale. Les insuffisances du critère du siège social sont apparues en matière de jouissance de droits²⁹⁹⁶. Pour répondre à ces difficultés, le critère du contrôle a été adopté pendant un temps par la jurisprudence. Il a permis de répondre de manière satisfaisante aux questions posées par

2995 Voir notamment A. PEPY, *De la nationalité des sociétés de commerce*, thèse Paris, Sirey 1920, n° 7 sq. ;

2996 Voir Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, préf. H. BATIFFOL, Sirey 1969, n° 252.

les législations adoptées en temps de guerre (séquestres et réparations)²⁹⁹⁷.

955 Le caractère ennemi ou allié des personnes morales était défini au moyen du critère du contrôle. La jurisprudence a posé la première la règle de détermination du caractère ennemi par référence à la nationalité des associés²⁹⁹⁸. Le gouvernement a consacré la solution dans une circulaire de 1916²⁹⁹⁹. La société était conçue comme une personne interposée³⁰⁰⁰. En Grande-Bretagne, la Chambre des Lords a de la même façon utilisé la notion de contrôle pour qualifier ennemi une société incorporée en Angleterre³⁰⁰¹. Les traités et la jurisprudence liées au règlement du conflit ont également recouru au critère du contrôle³⁰⁰². Une législation comparable a été adoptée à l'occasion de la seconde guerre mondiale³⁰⁰³. Etaient

2997 Voir M.-E. CUQ, *La nationalité des sociétés. Etude de Jurisprudence et de Législation Comparées*, thèse Paris, Sirey 1921, p. 97 sqq. ; A.-C. KISS, *La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 179 sqq., spéc. p. 205 sq.

2998 Req., 20 juillet 1915, D. 1916.1.44. Voir cependant A. WAHL, *Situation des sociétés de nationalité ennemie ou composées de sujets ennemis*, JS. 1916.153, qui n'était guère favorable au critère du contrôle.

2999 Circulaire du Garde des sceaux du 29 février 1916, JDI. 1916.701. Voir également Ch. LYON-CAEN, *Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises*, JDI. 1917.5.

3000 Voir Req., 20 juillet 1915, D. 1916.1.44 ; Circulaire du Garde des sceaux du 29 février 1916, JDI. 1916.701, selon le garde des sceaux « derrière la fiction de droit privé se dissimule, vivante et agissante, la personnalité ennemie elle-même ». Voir également R. MICHEL, *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, thèse Paris, Société Française d'Impression 1923, p. 173 sqq. Le critère du contrôle a été utilisé également dans les traités de Versailles et de Saint-Germain : R. MICHEL, thèse précitée, p. 179 sqq.

3001 *Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre Rubber (Great Britain) Ltd.* (1916) rendu par la Chambre des Lords, *150 Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 4 sqq. ; RCDIP. 1916.260. Voir également Ch. DE VISSCHER, *La nationalité et le caractère ennemis des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des Cours anglaises*, RCDIP. 1917.501.

3002 Voir M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, préf. préf. R. PLAISANT, Bibl. dr. priv. n° 16, LGDJ 1959, n° 250. Voir également J. PERCEROU, *La nationalité des sociétés (Essai sur l'état actuel de la question en France)*, Annales de droit commercial 1926.5.

3003 Décret du 1^{er} septembre 1939 portant application du décret du 1^{er} septembre 1939 relatif aux interdictions et restriction des rapports avec le ennemis, D. 1939.4.432 ; ordonnance du 5 octobre 1944 relative à la déclaration et à la mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis, DA. 1944.L. 116 ; ordonnance du 29 mars 1945, relative à la répression du commerce avec l'ennemi, D. 1945.4.58. Voir également R. SAVATIER, *La Condition en droit international privé, des personnes morales dans les divers décrets-lois français de 1939*, RCDIP. 1939.418. La législation antisémite de Vichy a utilisé le même critère aux fins d'*aryanisation* des entreprises. Voir G. LEPAULLE, *L'Aryanisation des Entreprises*, GP. 1943.2, doct. 1

considérées comme ennemies, les personnes morales qui avaient leur siège en territoire ennemi ou étaient constituées conformément au droit d'un pays ennemi. Étaient également réputées ennemies, les personnes morales « dépendant de quelques manières que ce soit d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales [ennemies] »³⁰⁰⁴.

B) La recherche d'une justification théorique

956 **Influence du contrôle sur la personnalité morale.** Quelle signification a-t-on donné à cette utilisation du contrôle pour déterminer les personnes ennemies ? Pour une partie de la doctrine, la législation de guerre impliquait que la nationalité de la personne morale était déterminée par référence au contrôle au mépris du principe de séparation. Cette solution était proposée pour éviter, selon ses défenseurs, les abus de la notion de personnalité morale³⁰⁰⁵. Elle manifestait tout au moins une certaine transparence de la société³⁰⁰⁶ et constituait une limite à la personnalité morale³⁰⁰⁷. Selon certains auteurs, la législation de guerre impliquait une levée du voile social, une négation de la personnalité morale³⁰⁰⁸. En réalité, cette opinion courante peut être contestée sur deux plans : d'une part, la législation de guerre n'utilise pas la notion de nationalité ; d'autre part, il semble que la personnalité morale n'est en rien remise en cause par le recours au critère du contrôle.

957 La législation adoptée en temps de guerre ne met pas en cause la notion de nationalité. Le contrôle ne déterminait pas la nationalité de la personne morale mais uniquement son caractère ennemi. Ainsi, un citoyen français aurait pu être considéré comme

(l'entreprise juive est définie notamment au regard des personnes qui la dirigent). Sur le droit antisémite du gouvernement de Vichy et le rôle de la doctrine dans sa banalisation : Le genre humain 1996, notamment M. BLOCAILLE-BOULETEL, *L'« aryansisation » des biens*, p. 243.

3004 Article 2, 2° de l'ordonnance du 29 mars 1945.

3005 Voir P. CHAUVEAU, *Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés*, RGDCom. 1938.397.

3006 Voir P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le Droit privé au milieu du XX^e siècle*, t. I, LGDJ 1950, p. 158, n° 11.

3007 Voir J. FOYER, *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 113 sqq., spéc. n° 14.

3008 Voir R. SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs aus die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*, Walter de Gruyter & CO.-J.C.B. Mohr, Berlin-Tübingen 1955, p. 214 ; L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, préf. B. GOLDMAN, *Bibl. dr. priv.* n° 181, LGDJ 1984, n° 157 et n° 159, qui est par ailleurs hostile au critère du contrôle.

ennemi du fait de sa résidence en territoire allemand, sans que sa nationalité soit remise en cause. L'observation vaut tant pour le droit anglais³⁰⁰⁹ que pour le droit français³⁰¹⁰. La législation avait ses règles et ses conditions propres. Lorsque la question s'est posée, après-guerre, de la portée des règles adoptées en raison de circonstances exceptionnelles³⁰¹¹, à deux reprises, la doctrine a cru à une remise en cause du principe de détermination de la nationalité par le critère du siège social. Cependant, passées les circonstances exceptionnelles, le principe a été de nouveau affirmé³⁰¹². En réalité, il n'avait jamais été remis en cause car la détermination des personnes ennemies était en définitive indépendante de leur nationalité. Cette observation explique la faible influence de la législation de guerre sur le droit appliqué en temps de paix.

958 Les textes qui avaient pour objectif le règlement du conflit ont cependant, sous l'influence de la législation de guerre, adopté le critère du contrôle pour déterminer la nationalité des sociétés et non seulement le caractère ennemi. C'est le cas des traités de paix ainsi que de la législation relative aux dommages de guerres³⁰¹³.

959 Il reste qu'il s'agit tout de même d'une levée du voile social, alors même que la nationalité de la personne morale n'est pas en cause. Le caractère ennemi de la personne morale ne devrait pas être déterminé par référence à ses membres si l'on respectait le principe de séparation. La personne morale devrait être qualifiée ennemie au regard de son activité, de son siège et/ou de tout autre élément qui lui est propre. Cependant la distinction des personnes ne doit pas être entendue de manière stricte. Il a été démontré que la prise en compte de qualités personnelles aux membres n'impliquait pas une remise en cause de la personnalité morale. Le contrôle lui-même ne remet pas en

3009 En ce sens : Ch. DE VISSCHER, *La nationalité et le caractère ennemis des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des Cours anglaises*, RCDIP. 1917.501 ; J.-P. DE HOICHEPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, thèse Paris, Pédone 1964, p. 70 sq. ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. priv. n° 285, LGDJ 1997, n° 32.

3010 En ce sens : Ch. DE VISSCHER, article précité, RCDIP. 1917.501. J.-P. DE HOICHEPIED, , thèse précitée, p. 70 sq. ; W. L. CRAIG, *La société sous contrôle étranger*, thèse dactyl., Paris II 1982, n° 34, p. 218.

3011 Voir A. PEPY, *De la nationalité des sociétés de commerce*, thèse Paris, Sirey 1920, n° 137 sq. ;

3012 Req., 24 décembre 1928, S. 1929.1.121, note J.-P. NIBOYET, qui affirme à nouveau le principe de la détermination de la nationalité par référence au siège social, malgré un contrôle anglais majoritaire.

3013 M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, préf. R. PLAISANT, Bibl. dr. priv. n° 16, LGDJ 1959, n° 250 sq.

cause la personnalité morale. En est-il de même lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère ennemi ou non d'une personne morale ?

960 Deux voies peuvent être empruntées pour rendre compte des rapports du contrôle et de la personnalité morale. Il est possible, tout d'abord, de soutenir que la prétendue levée du voile social se justifie par une autre institution : la simulation. Dans ce cas la détermination du caractère ennemi ne relève plus directement de la théorie de la personnalité morale mais du droit commun. Il n'y a alors aucune négation de la personnalité morale. L'idée d'interposition qui fondait la solution adoptée au cours de la Première Guerre Mondiale serait une application de la simulation. La prétendue levée du voile social s'expliquerait, non par une négation de la personnalité morale, mais uniquement par l'application de la théorie de la simulation³⁰¹⁴. La notion d'interposition de personne présente en particulier l'avantage d'impliquer le respect de la personnalité morale³⁰¹⁵. Cette application est limitée par ailleurs à une situation déterminée qui apparaît, heureusement, exceptionnelle. La notion d'interposition de personne a également inspiré la législation adoptée pendant la Seconde Guerre Mondiale³⁰¹⁶. La notion de dépendance utilisée par la législation adoptée à cette occasion est une synthèse des solutions adoptées lors du précédent conflit. Elle a permis de réduire la diversité des appréciations et des critères mais l'idée d'interposition de personne est encore présente³⁰¹⁷.

961 Une seconde explication de la législation de guerre peut être exposée à titre d'hypothèse. Il est possible de se demander dans quelle mesure le critère du contrôle n'est pas en cohérence avec la théorie de l'intérêt et du contrôle exposée ici. Il a été démontré que la prise en compte du contrôle n'entraînait aucune remise en cause de la personnalité morale³⁰¹⁸. Cette opinion était fondée sur le caractère

3014 Voir Ch. DE VISSCHER, *La nationalité et le caractère ennemis des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des Cours anglaises*, RCDIP. 1917.501, qui soutient par ailleurs que la notion de contrôle permet de déterminer le domicile commercial de la personne morale ; ce domicile permet de déterminer son caractère ennemi, neutre ou allié, comme pour les personnes physiques. Voir également Aix, 19 mai 1915, Paris, 27 février 1917, RCDIP. 1917.305 ; Tribunal Mixte arbitral Franco-Allemand, 31 août 1920, JDI. 1923.595 ; Req., 27 mai 1921, JDI. 1923.323, note J. P.

3015 Voir M. VANHAECKE, thèse précitée, n° 237.

3016 Voir M. VANHAECKE, thèse précitée, n° 272.

3017 Voir également P. DE VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales*, Recueil des cours de l'Académie de droit international 1961-I, p. 399 sqq., spéc. p. 442 sq.

3018 Voir ci-dessus, n° 1054 sqq.

organisationnel du contrôle. Ce caractère ne se retrouve pas aussi nettement dans la législation de guerre. Mais un autre élément permet de soutenir que le critère du contrôle est conforme à la notion de personnalité morale. La législation de guerre tendait à assurer la défense des intérêts nationaux contre les personnes suspectées de soutenir un pays ennemi. Le problème peut donc être formulé en termes d'intérêts : quand une personne morale a-t-elle des intérêts étrangers ? Une conception stricte du principe de séparation conduirait à faire référence à des éléments propres à la personne morale, telle que la nationalité. Cependant ce critère n'était pas adopté pour les personnes physiques. Il n'y a donc aucune raison de l'imposer pour les personnes morales, alors que la notion d'intérêt peut fournir un critère connu. L'intérêt de la personne morale est immanent aux intérêts de ses membres et/ou fondateurs. Il semble donc possible de déterminer le risque couru par l'économie nationale en considération la personne des membres de la personne morale. Il convient de remarquer que, théoriquement, une société de droit français contrôlée par des Français mais résidant en Allemagne pouvait être considérée comme ennemie en 1939. Ce n'est donc pas uniquement la nationalité des associés qui comptent, mais davantage leur intégration dans une économie ou une société étrangère. Si l'intérêt des associés, et non leur nationalité, apparaît comme convergent avec l'intérêt d'un pays ennemi, il est alors naturel de considérer la société qu'il contrôle comme ennemi. La notion de contrôle est une notion de fait qui relève du droit de la preuve : elle permet de déterminer la prépondérance des intérêts au sein d'une personne morale³⁰¹⁹. Si les intérêts prépondérants sont étrangers, il n'y a aucune raison de laisser la personne morale bénéficier des avantages reconnus aux nationaux³⁰²⁰. Dans le cas d'une société, les bénéficiaires notamment sortiront du territoire pour profiter à l'économie

3019 Voir M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, préf. R. PLAISANT, Bibl. dr. priv. n° 16, LGDJ 1959, n° 242 sqq.

3020 La jurisprudence relative au règlement du premier conflit mondial est très nette à cet égard : Tribunal Mixte arbitral Franco-Allemand, 31 août 1920, JDI. 1923.595 ; Tribunal Mixte arbitral Franco-Allemand, 27 octobre 1923, S. 1924.2.25, note J. HAMEL ; Civ., 25 juillet 1933, DP. 1936.1.121, note Ed. SILZ ; RCDIP. 1934.109, note J.-P. NIBOYET, la Cour de cassation affirme que « si, en vertu d'une fiction de droit privé, les sociétés de commerce sont réputées jouir d'une personnalité distincte de celle des associés... pareille conception ne saurait être transportée sans réserve dans le domaine du droit public ». Voir également Tribunal Mixte arbitral Franco-Allemand, 30 septembre 1921, JDI. 1923.600, note H.E.B., qui reconnaît le bénéfice de la législation des réparations de guerre à une société de droit allemand dont le siège social est situé en Allemagne mais dont le contrôle est détenu par des français.

du pays ennemi³⁰²¹. En définitive, il est permis de penser que la législation de guerre relève davantage de la transparence naturelle que de la transparence accidentelle. Le critère du contrôle interprété comme une manifestation de l'immanence de l'intérêt présente donc une certaine généralité que les circonstances exceptionnelles de son apparition dissimulaient. Cette observation donne un nouvel intérêt à l'étude de la levée du voile social en temps de paix.

II La levée du voile social en temps de paix

962 La levée du voile social en temps de paix permet-elle d'attribuer à une personne morale la nationalité des associés qui la contrôlent ? Dans l'affirmative, la solution est-elle conforme à la notion de personnalité morale ? Pour répondre à ces questions, il faut d'abord déterminer l'importance du critère du contrôle dans le droit positif actuel (A), avant de formuler une hypothèse sur le rôle de la nationalité en matière de personnalité morale (B). La solution que l'on voudrait donner au débat entre la réalité et la fiction est sans conséquence sur la résolution de ces questions. Si la théorie du contrôle est rattachée aux théories de la fiction et de la négation, le lien n'est pas nécessaire³⁰²².

A) Le critère du contrôle

963 Le contrôle n'est pas devenu le critère exclusif de la nationalité en droit positif. Ses inconvénients ont certainement paru interdire sa consécration.

964 **Les inconvénients de la notion de contrôle.** Les inconvénients du contrôle pour déterminer la nationalité sont bien connus³⁰²³. L'identification des détenteurs du contrôle est toujours difficile. La prise en compte du contrôle est injuste pour les minoritaires qui subiraient un changement de nationalité lors d'une cession de contrôle. L'utilisation du critère du contrôle est, par ailleurs, en contradiction avec la politique de nombreux Etats qui souhaitent attirer les investisseurs. Il pose également un problème

3021 Voir H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse dactyl., Rennes I 1979, t. 1, n° 36.

3022 Voir P. DE VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales*, Recueil des cours de l'Académie de droit international 1961-I, p. 399 sqq., spéc. p. 401 sqq. ; P.-A. MOREAU, *La filiale en droit international privé et la notion de contrôle*, thèse dactyl., Paris 1948, p. 101. Voir ci-dessus, n° 702, sur la vanité du débat en matière de nationalité des personnes morales.

3023 Voir L. LÉVY, thèse précitée, n° 153 sqq.

dans les groupes de sociétés où le contrôle est détenu par une autre personne morale. Faut-il faire jouer une notion de contrôle au second degré³⁰²⁴ ou se référer à la direction de la société et non plus à la composition de son actionnariat³⁰²⁵ ? Le critère du contrôle ne présente manifestement pas une vocation à la généralité. L'appréciation du contrôle, lui-même, est très variable selon les pays, les législations et les tribunaux³⁰²⁶. Il connaît des variantes tel que le critère du centre de décision³⁰²⁷. Cette variété s'explique sans doute par la diversité des situations réglementées³⁰²⁸, mais elle n'est guère satisfaisante au regard de l'impératif de sécurité juridique³⁰²⁹.

965 Portée du critère du contrôle. Le critère du contrôle est de moins en moins utilisé en législation. Outre le contrôle des changes, certaines lois y recourent lorsqu'un contrat présente un aspect de service public. L'article 3, a) de l'arrêté du 14 février 1996, pris en application de la loi du même jour dispose qu'une société dont les titres sont cotés sur un marché réglementé est considérée comme étant sous contrôle étranger lorsque la seule participation détenue par un non résident ou par une entreprise française elle-même sous contrôle de non-résidents excède 20 % du capital ou des droits de vote. La francisation, qui constitue sans doute l'ancêtre de la notion de contrôle, fournit un exemple intéressant³⁰³⁰. Pour être francisé, un navire doit répondre à des conditions alternatives assez complexes. Deux observations peuvent simplement être formulées. D'une part, la francisation dépend à titre principal du contrôle. Celui-ci n'est plus un

3024 Voir P. BASTID, F. LUCHAIRE, *La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 159 sqq., spéc. p. 163.

3025 Voir H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse dactyl., Rennes I 1979, t. 1, n° 35, qui relève que « la personnalité des associés d'une filiale est de peu d'intérêt lorsqu'eux mêmes ne sont pas indépendants ».

3026 En ce sens : P. BASTID, F. LUCHAIRE, article précité, spéc. p. 163.

3027 Voir M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 231 ; H. SYNDET, thèse précitée, Rennes I 1979, t. 1, n° 33 sqq.

3028 En ce sens : P. BASTID, F. LUCHAIRE, article précité, spéc. p. 164.

3029 En ce sens : P. DE VISSCHER, op. cit., spéc. p. 444.

3030 Article 3 de la loi de 1967. Voir A. PILLET, *Des personnes morales en droit international privé. Sociétés étrangères (civiles et commerciales). Etats, Etablissements publics, Associations, Fondations*, Sirey 1914, n° 80 sqq., spéc. n° 84 et n° 113 ; J. FOYER, *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 113 sqq., spéc. n° 13.

critère secondaire accessoire. Cela ne signifie pas qu'il soit exclusif : il est souvent complété par des considérations liées à la notion d'établissement stable. D'autre part, la qualité de navire français peut être acquise alors que tous les quirataires sont étrangers, dès lors, en principe, qu'ils sont ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne. D'autres textes sont cités par la doctrine³⁰³¹. Parfois, cependant, les textes cités ne traitent pas de la nationalité de la société mais uniquement de celle des dirigeants³⁰³². Ce qui réduit encore la portée du critère du contrôle.

966 Le contrôle présente un caractère exceptionnel. Il est de moins en moins utilisé en droit positif³⁰³³. Dans quelle mesure peut-on alors déterminer la nationalité d'une personne morale par recours à la notion de contrôle ? Faut-il écarter toute référence au contrôle ou, au contraire tenter de la réintroduire dans une plus juste proportion ? Pour répondre à ces questions, il faut préciser le rôle de la nationalité dans le droit de la personnalité morale.

B) Le rôle de la nationalité

967 La nationalité n'a aucun rôle à jouer dans la détermination de la loi applicable à la société. Cette restriction de la fonction de la notion ne signifie pas cependant qu'elle a perdu tout intérêt. Quelle est la portée de la notion de contrôle dans le cadre ainsi retrace des fonctions de la nationalité ?

968 **Lex societatis et nationalité.** En droit français, la détermination de la *lex societatis* s'opère par référence au siège social³⁰³⁴. C'est donc la loi du siège, et non la loi nationale, qui détermine la *lex societatis*³⁰³⁵. Cette règle permet avant tout la résolution de conflits de lois³⁰³⁶. La question ne doit pas être confondue

3031 Voir Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Dalloz 1998, n° 712.

3032 Voir H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse dactyl., Rennes I 1979, t. 1, n° 36, qui voit dans l'usage doctrinal de ce texte un abus de la notion de nationalité, qui explique l'incertitude de la notion de contrôle.

3033 Voir V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 641.

3034 Voir Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, préf. H. BATIFFOL, Sirey 1969, n° 343.

3035 Voir P. MAYER, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., collection Domat, Montchrestien 1998, n° 1031 ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. priv. n° 285, LGDJ 1997, n° 54.

3036 En ce sens : Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, préf. H. BATIFFOL, Sirey 1969, n° 258.

avec celle de la nationalité : la *lex societatis* n'est pas la loi personnelle de la société³⁰³⁷. La confusion de la nationalité et de la *lex societatis* a obscurci le débat en introduisant dans la technique des conflits de lois une notion qui lui est étrangère³⁰³⁸. La détermination de la nationalité ne se réalise donc pas nécessairement au moyen du même critère de rattachement. La différence est apparue assez récemment cependant à l'occasion d'études relatives aux groupes de sociétés³⁰³⁹. En effet, si la détermination de la nationalité par le critère du siège social est satisfaisante pour une société isolée, il n'en est manifestement pas de même dans un groupe de sociétés³⁰⁴⁰.

969 L'indépendance de la nationalité et de la *lex societatis* éclaire deux aspects de la personnalité morale en droit international. D'une part, elle permet d'envisager plus simplement la possibilité d'un changement de siège social, car celui-ci n'entraînera plus nécessairement de changement de nationalité. Elle explique, d'autre

3037 En ce sens P. MAYER, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., collection Domat, Montchrestien 1998, n° 1031. B. AUDIT, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Collection Droit civil, série Enseignement, Economica 2000, n° 1074 ; T. TILQUIN, V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Kluwer 1996, n° 864 ; L. LÉVY, thèse précitée, n° 70 sq. ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. priv. n° 285, LGDJ 1997, n° 20 ; R. LIBCHABER, note sous Com., 9 avril 1991, RS. 1991.746 ; M. MENJUCQ, note sous Civ. I, 8 décembre 1998, RCDIP. 1999.284 ; R. CRÔNE, *La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères*, in *Liber Amicorum Georges Daublon*, Defrénois 2001, p. 49. Voir cependant Civ., 4 juillet 1923, S. 1925.1.81, note J.-P. NIBOYET. La Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel au visa de l'article 3 du Code civil. Pour Niboyet, la prétendue question de la nationalité des sociétés recouvrait en réalité un problème de jouissance des droits. Voir J.-P. NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés ?*, RCDIP. 1927.402.

3038 La confusion est cependant fréquente en doctrine. Pour la majorité des auteurs la nationalité est déterminée par le siège social. L'arrêt rendu dans l'affaire du débarcadère de Cadix est souvent cité en ce sens : Civ., 20 juin 1870, DP. 1870.1.416, qui est présenté comme l'arrêt de principe ; Req., 24 décembre 1928, S. 1929.1.121, note J.-P. NIBOYET ; M.-E. CUQ, *La nationalité des sociétés. Etude de Jurisprudence et de Législation Comparées*, thèse Paris, Sirey 1921, notamment p. 152 sqq., où l'auteur propose de déterminer la nationalité par référence au siège social réel. Voir également T. Civ. Lille, 21 mai 1908, S. 1908.2.177, note R. DEMOGUE, le tribunal pose la question de la nationalité alors qu'il s'agissait de savoir si la société était valable.

3039 Voir en particulier H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, thèse dactyl., Rennes I 1979, n° 4. Voir également B. OPPETIT, note sous Civ. I, 30 mars 1971, JCP. 1972, II, 17101, qui fut parmi les premiers auteurs à analyser la question.

3040 Voir B. OPPETIT, note sous Civ. I, 30 mars 1971, JCP. 1972, II, 17101 ; M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 231. Le critère du siège social avait été critiqué par Louis-Luca au motif qu'il désignait davantage le domicile que la nationalité : P. LOUIS-LUCAS, *Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés*, JCP. 1953, I, 1104.

part, que la *lex societatis* soit déterminée par une règle bilatérale, alors que la nationalité l'est par une règle unilatérale afin de ne pas imposer à un Etat un national que son droit ne reconnaît pas. Il reste alors à définir le critère le mieux adapté à la détermination de la nationalité.

970 **Critère de l'intérêt substantiel.** La pratique diplomatique recourt fréquemment à la notion d'intérêt substantiel³⁰⁴¹. Un Etat accordera sa protection à une société de droit étranger lorsque les intérêts qu'elle défend sont les siens. Un intérêt substantiel est cependant exigé pour pouvoir bénéficier de la protection diplomatique. L'intérêt substantiel n'est pas nécessairement un intérêt majoritaire³⁰⁴². Sa preuve est plus facile. La notion permet ainsi d'éviter des fraudes. Ce critère reste cependant « très imprégné de la fiction de la personnalité morale » et a été critiqué à ce titre³⁰⁴³. Certains auteurs proposent d'écarter purement et simplement la personnalité morale et d'accorder la protection diplomatique directement aux associés³⁰⁴⁴. Ce n'est pas la voie que semble emprunter la jurisprudence internationale³⁰⁴⁵. Certes, la CIJ a admis en 1989 la protection des actionnaires par leur Etat national, mais elle se fondait sur une prétendue atteinte aux droits de la personne morale³⁰⁴⁶ : les associés ne sont donc pas protégés directement mais parce qu'ils sont associés de la société lésée. Cette décision manifeste non pas une négation de la personnalité morale mais, au contraire, son immanence.

971 Il faut réduire le domaine de la nationalité afin de lui rendre son unité conceptuelle. En particulier la nationalité n'a aucun rapport avec les conflits de lois. Elle doit être écartée du débat également dans

3041 Voir J.-P. DE HOICHEPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, thèse Paris, Pédone 1964, p. 77 sqq. Voir également en matière de protection diplomatique l'affaire classique : CIJ., 5 février 1970, *Barcelon Traction*, Recueil p. 49 ; Ph. FRANCESKAKIS, *Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux ; L'arrêt « Barcelona » de la Cour internationale de justice*, RCDIP. 1970.609.

3042 En ce sens : P. BASTID, F. LUCHAIRE, *ibid.*

3043 P. BASTID, F. LUCHAIRE, article précité, spéc. p. 166.

3044 P. BASTID, F. LUCHAIRE, article précité., spéc. p. 166 sq.

3045 D. ALLAND, *Droit international public*, collection droit fondamental, PUF 2000, n° 379 ; NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, par P. DAILLER et A. PELLET, 6^{ème} éd. refondue, LGDJ 1999, n° 324 et n° 489 sqq. ; Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, t. V, *Les rapports conflictuels*, Sirey1983, n°127 sqq.

3046 Voir B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elletronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse*, JDI. 1990.897 ; C. JEANCOLAS, *L'arrêt Elletronica Sicula S.p.A. (ELSI) du 20 juillet 1989 (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, RGDIP. 1990.701.

le conflit de compétences qui apparaît lors de la publicité de la personne morale³⁰⁴⁷. On pourra alors déterminer la nationalité d'une société de manière plus réaliste. Le critère du siège social, efficace en matière de conflits de loi, ne présente aucun caractère nécessaire. Le critère de détermination de la nationalité peut le prendre en compte mais pas nécessairement de manière exclusive³⁰⁴⁸. Le contrôle notamment pourrait venir le compléter utilement sans que la personnalité morale ne soit niée.

972 **Synthèse.** La nationalité est un lien politique entre une personne et un Etat. Le lien devient le plus souvent un lien économique lorsqu'il s'agit de personne morale³⁰⁴⁹. La nationalité doit exprimer l'insertion de la personne morale dans la société et dans l'économie d'un Etat déterminé. Dans cette perspective, il est légitime de qualifier française une société qui concerne l'économie française. Le critère du siège social réel répond souvent à cette idée³⁰⁵⁰. Cependant il n'a jamais été retenu comme critère principal. Il a subi la concurrence de la notion de contrôle. Le critère du contrôle a été défendu par Niboyet³⁰⁵¹. Selon cet auteur, les sociétés n'ont pas de véritable nationalité. La question de la nationalité recouvre uniquement une question de jouissance des droits qui doit être résolue par référence à la nationalité des associés qui exercent le contrôle effectif de la société. Ce critère rapproche davantage la nationalité des personnes morales de celle des personnes physiques car elle présente un aspect moins formel que celui tiré du siège social³⁰⁵². Le critère du centre de décision semble plus stable que celui du contrôle mais n'en

3047 Voir M. MENJUCQ, note sous Civ. I, 8 décembre 1998, RCDIP. 1999.284 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., collection Domat, Montchrestien 1998, n° 1031.

3048 AP., 21 décembre 1990, RCDIP. 1992.77, note G. DURANTON, qui relève que « le rattachement à un Etat... n'est autre que la nationalité, laquelle, pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire ». La formule semble se référer à un critère unique mais elle est plus complexe qu'il n'y paraît. Elle ne renvoie pas avant tout au siège social statutaire mais au siège réel. Par ailleurs elle fait référence à la direction effective, notion proche de celle de centre de décision. En définitive, ce n'est pas un critère mais un faisceau d'indices que les juges ont relevé pour qualifier la société étrangère.

3049 Voir J.-P. DE HOICHEPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, thèse Paris, Pédone 1964, p. 113 sqq., spéc. p. 127.

3050 M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 233 sq.

3051 J.-P. NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés ?*, RCDIP. 1927.402.

3052 Voir P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. DURAND, Imprimerie Moderne 1950, p. 355.

est finalement qu'une variante³⁰⁵³. La référence au centre de décision est également insuffisante, selon Oppetit, en présence d'un groupe multinational, car l'identification du lieu d'où part l'impulsion est souvent difficile. L'administration est souvent éclatée dans plusieurs Etats. Il est difficile en définitive de trouver un critère unique.

973 La CIJ n'a pas définitivement tranché la question du mode de détermination de la nationalité des personnes morales. Tout au plus a-t-elle reconnu un rôle important au critère du siège social. Ce critère n'est cependant pas exclusif. La CIJ a insisté avant tout sur l'importance de l'effectivité de la nationalité³⁰⁵⁴. Cela signifie que si plusieurs éléments invitent à rattacher la personne morale à un autre Etat que celui du siège social, celui-ci devrait pouvoir exercer sa protection sur la société. Il faut cependant exiger une certaine convergence entre les indices. A défaut de cohérence, l'Etat du siège social devrait, de manière subsidiaire, pouvoir se voir reconnaître la faculté d'exercer sa protection. Pourquoi le contrôle ne peut-il pas se voir reconnaître ce caractère de rattachement subsidiaire ? D'une part, une société n'est pas toujours contrôlée. En l'absence d'indices convergents et de tout contrôle prouvé, la société risque d'être sans protection. D'autre part, la détermination de l'Etat du siège social est toujours plus aisée que celle des détenteurs du contrôle. Cependant le contrôle peut se voir reconnaître le rôle d'indice de nature à déterminer la nationalité de la société et son effectivité. Cette interprétation n'est pas contraire à la jurisprudence de la CIJ, de l'arrêt *Bracelona Traction* à l'arrêt *Elettronica Sicula*.

974 En définitive, la nationalité doit être définie au moyen d'un faisceau d'indices. Elle ne peut l'être au moyen d'un critère unique³⁰⁵⁵. Monsieur Lévy relève dans sa thèse les indices juridiques et économiques qui permettent de déterminer la nationalité d'une société³⁰⁵⁶. Le lieu d'immatriculation et localisation du siège social sont les principaux indices juridiques pertinents. Le lieu d'exploitation et le

3053 Voir M. GERMAIN, thèse précitée, n° 231 ; H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse dactyl., Rennes I 1979, t. 1, n° 33 sqq.

3054 Voir P. DE VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales*, Recueil des cours de l'Académie de droit international 1961-I, p. 399 sqq., spéc. p. 451 ; W. L. CRAIG, *La société sous contrôle étranger*, thèse dactyl., Paris II 1982, n° 31.

3055 En ce sens : B. OPPETIT, note sous Civ. I, 30 mars 1971, JCP. 1972, II, 17101 ; J. BÉGUIN, *La nationalité juridique des sociétés commerciales devraient correspondre à leur nationalité économique*, in *Etudes offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec 2001, p. 459.

3056 L. LÉVY, thèse précitée, n° 190 sqq.

centre de décision sont, quant à eux, les indices économiques retenus par Monsieur Lévy. Cette proposition n'est pas aussi nouvelle qu'il pourrait le sembler. La Cour de cassation y a déjà recouru par le passé. Notamment le célèbre arrêt rendu dans l'affaire du débarcadère de Cadix ne faisait pas uniquement référence au siège social mais aussi au lieu de rédaction de l'acte de société, aux règles de droit désignées pour s'appliquer au fonctionnement de la société et au lieu de réunion du Conseil d'administration³⁰⁵⁷. La jurisprudence postérieure se prononce dans le même sens et fait référence à plusieurs critères et non au seul siège social³⁰⁵⁸.

975 Certes, le siège social réel reste un critère important, mais il n'est pas le seul. Il ne pourra d'ailleurs plus jouer le même rôle que par le passé, si la liberté d'établissement est reconnue aux sociétés³⁰⁵⁹. L'évolution vers un système proche de celui de l'incorporation impose de choisir un critère qui rende davantage compte de l'insertion de la personne morale dans une économie nationale. Il faudra rechercher dans chaque cas quel est le rattachement le plus pertinent pour exprimer cette insertion. Le plus souvent le siège suffira pour désigner l'Etat dont la personne morale est le national. Le critère est simple à mettre en œuvre : dans la grande majorité des cas, siège social, centre de décision et contrôle coïncideront. Il assure également l'unité de statut de la personne morale : le plus souvent statut juridique et statut politique coïncideront. Cependant dans un nombre non négligeable de cas, il faudra retenir d'autres éléments afin d'attribuer à la personne morale sa véritable nationalité. Le contrôle sera alors le principal critère invoqué. On remarquera à cette occasion que le contrôle exercé par une personne morale a davantage d'influence sur la nationalité de la société contrôlée que celui exercé par un particulier³⁰⁶⁰. Cette observation explique que le développement du

3057 Civ., 20 juin 1870, DP. 1870.1.416.

3058 Voir Civ. III, 8 février 1972, BC., III, n° 83 ; JDI. 1973.219, note B. OPPETIT ; Civ. I, 18 avril 1972, BC., I, n° 104 ; JDI. 1973.219 (2nde espèce), note B. OPPETIT ; RCDIP. 1972.672, note P. LAGARDE. La nationalité n'en devient pas une notion fonctionnelle pour autant : elle conserve son unité malgré la diversité des critères utilisés pour la déterminer. Voir cependant TC., 23 novembre 1959, D. 1960.223, note R. SAVATIER ; RCDIP. 1960.180, note Y. LOUSSOUARN ; JCP. 1960, II, 11430, note P. AYMOND ; JDI. 1961.442, note B. GOLDMAN. Voir également R. DEMOGUE, note sous T. Civ. Lille, 21 mai 1908, précité.

3059 Voir CJCE., 9 mars 1999, Centros, D. 1999.550, note M. MENJUCQ ; RTDE 1999.738, obs. J.-G. HUGLO ; B. Joly 1999, § 157, note J.-Ph. DOM ; PA. 12 novembre 1999, n° 226, p. 5, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD.

3060 Voir P.-A. MOREAU, *La filiale en droit international privé et la notion de contrôle*, thèse dactyl., Paris 1948, p 96 ; MONDON, *De la nationalité des sociétés de commerce en France*, thèse Grenoble, Bosc Frères et Riou 1937, p. 140 sqq. La

phénomène des groupes de sociétés a été à l'origine de la crise de la notion de nationalité des personnes morales. Les correctifs traditionnels n'ont plus guère de portée dans une telle théorie. L'interposition de personnes notamment a été une étape qui est dépassée aujourd'hui.

976 Cette méthode de détermination de la nationalité ne remet pas en cause la personnalité morale. On a vu plus haut que le problème pouvait être formulé en termes d'intérêts : quand une personne morale défend-elle des intérêts étrangers ? Alors qu'une conception stricte du principe de séparation interdirait de faire référence à la nationalité des membres et/ou à des éléments relevant de l'organisation de la personne morale, tel que le centre de décision ou le lieu d'exploitation, la théorie de l'immanence invite, au contraire, à faire une telle recherche. Si l'intérêt de la personne morale est immanent, il est donc possible de déterminer l'insertion dans l'économie nationale en considération de la personne des membres de la personne morale. Ce n'est donc pas uniquement la nationalité des associés qui compte, mais davantage l'intégration de la société dans une économie ou une société étrangère. En définitive, la nationalité des personnes morales traduit leur transparence naturelle bien plus que leur transparence accidentelle.

977 Ces observations permettent de résoudre la contradiction apparente entre les arrêts Remington³⁰⁶¹ et La soie artificielle de Calais³⁰⁶². En 1928, la Cour de cassation relevait que la société n'était ni une succursale de société étrangère, ni une personne interposée, et que même si les capitaux étaient anglais, ils étaient employés en France. La société La soie artificielle était donc une société française qui pouvait bénéficier d'un droit de reprise réservé aux nationaux. En 1931, elle décide au contraire qu'une société sous contrôle étranger ne peut bénéficier du statut des baux commerciaux. La contradiction entre les deux arrêts n'est qu'apparente. Ce qui importe, en réalité, c'est l'utilisation des capitaux et non leur origine ; l'intégration de la personne morale à l'économie nationale³⁰⁶³.

perte d'influence économique des personnes physiques est une des raisons de la diminution du rôle de la nationalité des sociétés. Le développement des groupes de sociétés implique que de nombreuses sociétés ont uniquement des personnes morales comme membres. Leur attachement économique et politique à un Etat déterminé devient de ce fait moins clair et moins stable.

3061 Req., 12 mai 1931, DP. 1936.1.121, note Ed. SILZ ; RCDIP. 1932.129.

3062 Req., 24 décembre 1928, S. 1929.1.121, note J.-P. NIBOYET ;

3063 En ce sens : B. AUDIT, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Collection Droit civil, série Enseignement, Economica 1997, n° 1084.

978 On trouvera peut-être que le rôle de la nationalité est bien réduit. Cela n'a cependant rien d'étonnant dans la mesure où la question n'est pas propre aux personnes morales. La notion et la fonction de la nationalité des personnes physiques sont controversées aujourd'hui³⁰⁶⁴. Seul un approfondissement de la notion permettra de résoudre les questions qui se posent en la matière. Dans le cadre d'une théorie moderne de la personnalité morale, l'étude de la nationalité fait apparaître un nouveau cas de transparence naturelle, là où la théorie traditionnelle voyait un phénomène de transparence accidentelle emportant négation de la personnalité morale. On en vient à douter de l'existence de véritables phénomènes de transparence accidentelle. Pour se convaincre de leur existence, il faut étudier la levée du voile social en droit interne.

3064 Voir Fr. TERRÉ, *Réflexions sur la notion de nationalité*, RCDIP. 1975.197. Pour un exemple de la controverse actuelle voir Y. LEQUETTE, *La nationalité française dévaluée*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-éd. du Juris-Classeur 1999, p. 349 ; Fl. BELLIVIER, E. PATAUT, compte rendu de *L'avenir du droit*, RCDIP. 1999.903 ; Y. LEQUETTE, *Compte rendu du compte rendu de L'avenir du droit*, RCDIP. 1999.911.

§2 La levée du voile social en droit interne

979 Il reste à étudier les phénomènes de transparence qui ont pour effet de déplacer le point d'imputation de certaines normes juridiques. Ces hypothèses constituent une épreuve cruciale pour la théorie de la constance du concept de la personnalité morale. En effet la méconnaissance de la personnalité morale semble incontestable. Par exemple, il est permis de se demander comment le créancier d'une société à responsabilité limitée peut être admis à poursuivre un associé si ce n'est en négligeant l'existence même de la personnalité de la société. De la même façon, comment une société peut-elle se voir imposer l'application d'une clause compromissaire insérée dans une convention à laquelle elle n'est pas partie ? La théorie de la levée du voile social prétend expliquer la remise en cause apparente de l'autonomie de la personnalité morale (I). Malgré la séduction que cette théorie peut exercer sur une grande partie de la doctrine, elle semble ne pas échapper à la critique (II).

I La théorie de la levée du voile social

980 La théorie de la levée du voile social prétend rendre compte de nombreux phénomènes du droit français(B). La doctrine française a cependant subi l'influence de droits étrangers (A).

A) Origine de la théorie

981 **La jurisprudence anglo-saxonne et la doctrine allemande.** Il ne s'agit pas de faire ici une étude de droit comparé mais uniquement d'identifier les sources d'inspiration de certaines positions doctrinales. Ces sources se trouvent essentiellement dans les droits anglo-saxons et en particulier aux Etats-Unis. L'influence de la doctrine allemande ne peut être négligée dans la construction d'une véritable théorie de la levée du voile social.

982 Lever le voile de la personnalité morale (*Piercing the veil of corporate entity*) a d'abord été une pratique avant de devenir une doctrine. L'expression a été inventée par I. M. Wormser au début du XX^e siècle dans un article à la *Columbia Law Review*³⁰⁶⁵. Wormser y analysait les décisions, déjà nombreuses aux Etats-Unis, dans lesquelles la personnalité morale semblait ignorée³⁰⁶⁶. L'expression a

3065 I.M. WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, *Columbia LR* 1912.496.

3066 I.M. WORMSER, article précité, spéc. p. 502, où l'auteur reconnaît qu'il s'agit bien d'ignorer la personnalité morale. Sur la jurisprudence récente : R. B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil : an Empirical Study*, *Cornell Law Review* 1991.1036.

connu un grand succès et de nombreuses variantes. Les auteurs anglais et américains traitent indifféremment de *piercing the corporate veil*, de *lifting the corporate veil* ou de *piercing the corporate personality*³⁰⁶⁷. L'analyse économique du droit s'est également intéressée à ce phénomène qui conduit le plus souvent à une remise en cause de la responsabilité limitée³⁰⁶⁸. La levée du voile social apparaît parfois comme un moyen pour rétablir l'équilibre entre les coûts et les avantages de la responsabilité limitée dans les sociétés fermées. Elle inciterait notamment à une certaine modération dans la prise de risques³⁰⁶⁹.

983 La théorie de la levée du voile social a été ensuite adoptée par la doctrine germanique, tant allemande³⁰⁷⁰, que suisse³⁰⁷¹. La rigueur de la sanction de la simulation en droit allemand l'a conduit à adopter un fondement autonome. Le concept de *durchgriff*, adopté notamment pour permettre la confiscation des biens des sociétés d'Etat après la Seconde Guerre mondiale ou la compensation entre les dettes des créanciers de ces sociétés et les créances sur le Reich³⁰⁷². Une partie de la doctrine italienne a également adopté la théorie de la

3067 Voir C. MONDANGE, *La transparence de la personnalité morale dans le droit anglais des sociétés anonymes*, RIDC. 1980.573 ; N. DION, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, thèse dactyl., Orléans 1994, n° 279 sqq.

3068 F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press 1991, p. 54 sqq. Voir également P. DIDIER, *Théorie économique et droit des sociétés*, in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec 1997, p. 227.

3069 F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, op. cit., p. 55 sq. La question n'est cependant pas l'objet d'un consensus au sein même de la doctrine de l'analyse économique du droit. Voir P. HALPERN, M. TREBILCOCK, S. TURNBULL, *An economic analysis of limited liability in corporation law*, University of Toronto Law Journal 1980.117 ; J. M. LANDERS, *Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy*, Université of Chicago LR 1976.527 (favorables à la levée du voile social dans les filiales à 100%). En sens contraire : R. A. POSNER, *The Rights of Affiliated Corporations*, Université of Chicago LR 1976.499.

3070 R. SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs aus die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*, Walter de Gruyter & CO.-J.C.B. Mohr, Berlin-Tübingen 1955. Voir également U. DROBNIG, *Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 27 sqq., spéc. p. 42 sqq.

3071 Voir J.-M. GROSSEN, *La personnalité morale et ses limites en droit suisse*, in *La personnalité morale et ses limites*, op. cit., p. 143 sqq., spéc. p. 148 ; H. HOVAGEMYAN, *Transparence et réalité économique des sociétés. Durchgriff. Répertoire de jurisprudence*, CEDIDAC Lausanne 1994.

3072 M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 29 sq.

levée du voile social. Des auteurs traitent ainsi d'*Il superamento della personalità giuridica*³⁰⁷³. Le droit belge, enfin, a parfois fait référence à la levée du voile de la personnalité morale³⁰⁷⁴.

984 **La théorie de l'abus dans la doctrine française.** Cette théorie a été développée principalement afin de remettre en cause la responsabilité limitée dont bénéficient les membres des groupements personnifiés. Cette volonté n'est pas étrangère au droit français³⁰⁷⁵. Elle a pris la forme d'une théorie de l'abus de la personnalité morale.

985 Chauveau a été le premier à développer en France la théorie de l'abus de la personnalité morale³⁰⁷⁶. Selon cet auteur, la jurisprudence a cherché de manière constante à « éviter que l'une des parties puisse interposer entre elle et son adversaire la fiction d'une personnalité morale pour arrêter le cours normal et le jeu régulier d'une disposition législative »³⁰⁷⁷.

986 D'autres auteurs ont suivi dans cette voie. La notion d'abus de la personnalité morale a été invoquée afin de justifier un certain nombre de phénomènes qui semblaient incompatibles avec la personnalité morale³⁰⁷⁸. La notion d'abus a prétendu limiter ainsi la

3073 Voir P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità Giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Giuffrè Milan 1964 ; Fr. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo des concetto di persona giuridica*, Rivista di Diritto Civile 1965.553, spéc. p. 578 sqq. Voir également OCDE, *Responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales*, OCDE 1980. Voir enfin un auteur portugais : J.M CONTINHO DE ABREU, *Personnalité morale, subjectivité juridique et entreprise*, RIDÉco. 1996.171, qui propose une « dévalorisation systématique relative de la personnalité morale » en se référant notamment à la doctrine de la levée du voile social.

3074 Voir Bruxelles, 1^{er} mars 1988, Journal des Tribunaux 1988.232, qui utilise l'expression de lever le voile de la personnalité morale, mais ne la retient pas en l'espèce. Voir également J. VAN RYN, P. VAN OMMESLAGHE, *Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales*, RCJB 1981.261, n° 27, favorables à la relativité de la personnalité morale et à la théorie de l'abus, bien que les auteurs n'emploient pas la terminologie anglo-saxonne. En sens contraire : V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, qui dresse dans la dernière partie de sa thèse une critique très convaincante de la théorie de la levée du voile social.

3075 Voir K. WEISSBERG, M.-C. MOISSINAC, *Piercing the Corporate Veil in France*, International Financial Law Review July 1987, p. 33.

3076 P. CHAUVEAU, *Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés*, RGDCom. 1938.397.

3077 P. CHAUVEAU, article précité.

3078 Voir P. CHAUVEAU, *Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés*, RGDCom. 1938.397 ; R. LEGAIS, *L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés*, RTDCom. 1957.289 ; F. CASTRE SAINT MARTIN-DRUMMOND, *Les sociétés dites "holdings"*, thèse dactyl., Paris II 1993, n° 564 sqq. ; B. LECOURT, thèse précitée, n° 438, qui invoque l'abus de droit (« abus d'institution ») afin de sanctionner la fraude.

personnalité morale³⁰⁷⁹. Monsieur Diener a recouru à la notion d'abus pour contester la validité de certains montages en droit des sociétés³⁰⁸⁰. Madame Rémond-Gouilloud a également invoqué l'abus pour fonder la doctrine de l'émanation en droit maritime³⁰⁸¹. Récemment, Monsieur Lucas a eu recours à la notion pour rendre compte de la situation des filiales en difficulté³⁰⁸².

987 Un auteur a présenté cependant une théorie de la transparence indépendante de la notion d'abus. Monsieur Hannoun a soutenu dans sa thèse que le groupe de sociétés est une situation de fait qui justifie l'éviction des effets de la personnalité morale³⁰⁸³. Le droit prend en compte cette situation en ouvrant un droit de critique dans les situations où l'éviction du principe de séparation s'avère légitime³⁰⁸⁴. Ce sera le cas lorsqu'elle permettra d'assurer l'effectivité d'une disposition d'ordre public ou d'atténuer les effets de certaines règles prohibitives³⁰⁸⁵. Cet auteur a cependant élaboré sa théorie à partir de la jurisprudence sociale, qui a recours à des notions qui lui sont souvent propres et non extensibles à d'autres branches du droit. Par ailleurs, la thèse de Monsieur Hannoun reste assez éloignée du droit positif.

988 Monsieur Fadel-Raad a tenté de systématiser les propositions doctrinales afin d'élaborer une théorie de l'abus de la personnalité morale³⁰⁸⁶. Il a proposé de distinguer deux formes d'abus. Il appelle abus contractuel, l'ensemble des situations que recouvrent l'utilisation de la personnalité morale aux fins de simulation ou de fraude³⁰⁸⁷. Sont des abus légaux, les diverses utilisations de la personnalité morale à des fins personnelles, par le maître de

3079 Voir M. JEANTIN, *La filiale commune*, thèse dactyl., Tours 1975, n° 652 sqq.

3080 P. DIENER, *Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Bibl. dr. de l'entreprise t. 7, avant-propos J.M MOUSSERON et B. TEYSSIÉ, Librairie technique 1978, p. 81 ; du même auteur, *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL*, JCP. E 1992, I, 153.

3081 Voir M. RÉMOND-GOUILLOUD, *L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité*, DMF. 1992.451.

3082 F.-X. LUCAS, *Les filiales en difficulté*, PA. 4 mai 2001, n° 89, p. 66.

3083 Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. priv. n° 216, LGDJ 1991, n° 226 sqq. et n° 264 sqq.

3084 Ch. HANNOUN, thèse précitée, n° 298 sqq.

3085 Ch. HANNOUN, thèse précitée, n° 315.

3086 N. FADEL-RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 214, LGDJ 1991. L'auteur ne présente cependant pas sa théorie comme une théorie de la transparence (op. cit., n° 142). Voir également J.-P. GASTAUD, note sous Civ. III, 20 janvier 1976, RS. 1976.671, qui distingue la personne morale fictive et la transparence de la personnalité morale.

3087 N. FADEL-RAAD, thèse précitée, n° 15 sqq.

l'affaire³⁰⁸⁸. La société fictive est ainsi présentée comme un exemple d'abus contractuel, alors que la confusion des patrimoines est une illustration de l'abus légal³⁰⁸⁹. Quant au régime de l'abus, l'auteur attache à l'abus une action, qu'il qualifie d'action en déclaration de simulation, et une sanction, qu'il situe entre la nullité et l'inexistence³⁰⁹⁰. La thèse de Monsieur Fadel-Raad fait essentiellement ressortir l'incertitude des solutions et la confusion de la matière. Cette confusion est regrettable dans la mesure où la théorie de l'abus, comme celle de la levée du voile sociale, prétend expliquer de nombreux phénomènes.

B) Les phénomènes expliqués

989 L'idée de levée du voile social fait immédiatement penser à une notion bien connue du droit des sociétés : celle de société écran. Cette notion recouvre deux situations³⁰⁹¹. La société écran peut être en sommeil. Elle l'est souvent par intermittence dans l'attente d'une utilisation future³⁰⁹². Elle est aussi un moyen de violer ses obligations contractuelles ou légales. La levée du voile social peut être envisagée également dans les groupes de sociétés et en matière de procédures collectives.

990 **La société en sommeil.** Aucune disposition du droit positif ne condamne nettement les sociétés inactive dites en sommeil³⁰⁹³. L'attribution de la personnalité morale à ce que les auteurs qualifient de coquille vide a choqué³⁰⁹⁴. L'absence d'activité apparaît en effet contredire l'un des fondements de la personnalité morale : l'objet. La société en sommeil serait à la fois une simulation et une fraude : le

3088 N. FADEL-RAAD, thèse précitée, n° 179 sqq.

3089 Voir N. FADEL-RAAD, thèse précitée, n° 158 sq. (fictivité), n° 214 sqq.

3090 N. FADEL-RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 214, LGDJ 1991, n° 227 sqq., pour les abus contractuels. Les abus légaux sont sanctionnés par des extensions de passif et des interdictions, fulminés le plus souvent par le droit des procédures collectives (op. cit., n° 287 sqq.).

3091 Sur l'utilisation de la société écran : Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, préf. P. DIENER, Bibl. dr. priv. n° 292, LGDJ 1998, n° 103 sqq.

3092 Il existerait un marché des sociétés en sommeil : M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 14^{ème} éd., Litec 2001, n° 557.

3093 Voir G. NOTTE, *Les sociétés en sommeil*, JCP. 1981, I, 3022 ; J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, préf. P. LE CANNU, Collection Pratique des affaires, Joly éd. 1998, n° 718 sqq. Le phénomène ne concerne pas uniquement les sociétés. Voir M. KEITA, obs. *sur le sort des associations inactives*, PA. 19 février 1999, n° 36, p. 4.

3094 Voir P. DIENER, *Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Bibl. dr. de l'entreprise t. 7, avant-propos J.M MOUSSERON et B. TEYSSIÉ, Librairie technique 1978, p. 81.

moyen et la fin seraient illicites. Elle est une simple fiction. Telle est la présentation de Monsieur Diener pour qui les sociétés en sommeil sont un abus de la personnalité morale qu'il faut combattre³⁰⁹⁵. Les moyens de lutte sont différents selon que la société est mise en sommeil ou qu'elle est créée en sommeil³⁰⁹⁶. Dans le premier cas, la radiation du RCS est possible, mais il convient de rappeler qu'il n'y a aucun parallélisme des formes en matière d'immatriculation : la radiation ne fait pas perdre sa personnalité morale à la société³⁰⁹⁷. L'inactivité n'entraîne cependant pas nécessairement dissolution de la société³⁰⁹⁸. Dans le second cas, la nullité est encourue pour absence d'objet, absence et illicéité de la cause et défaut d'*affectio societatis*. On peut cependant s'interroger sur la conformité d'une telle proposition au regard du droit communautaire³⁰⁹⁹. S'il est possible de soutenir que la fraude corrompt tout et fait exception à toutes les règles même d'origine communautaire, il faut remarquer que la notion de fraude utilisée alors n'est plus une notion purement nationale mais une notion communautaire³¹⁰⁰. Il n'est pas sûr par conséquent que la fraude permette de sanctionner l'existence des sociétés en sommeil³¹⁰¹.

991 L'inexécution d'obligations contractuelles. Une personne peut constituer une société afin d'échapper à ses obligations contractuelles, le plus souvent une obligation de non-concurrence³¹⁰².

3095 Voir P. DIENER, article précité.

3096 Voir P. DIENER, article précité.

3097 Article 42 du décret du 30 mai 1984.

3098 Elle ne fait pas partie des causes de dissolution de l'article 1844-7 du Code civil. Voir également Com., 17 janvier 1977, BC., IV, n° 15 ; D. 1977, IR. 311, obs. J.-Cl. BOUSQUET.

3099 CJCE., 13 novembre 1990, Marleasing, Rec. p. 4135 ; RS. 1991.532, note Y. CHAPUT ; JCP. E. 1991, I, 67, obs. F. SERRAS ; JCP. E. 1991, II, 156, note P. LEVEL ; B. SAINTOURENS, *Les causes des nullités des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes*, B. Joly 1991, § 41 et § 59 ; Fr. LECLERC, *Que reste-t-il des nullités des sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing (CJCE 13 novembre 1990) ?*, RJC. 1992.321.

3100 CJCE., 9 mars 1999, Centros, D. 1999.550, note M. MENJUCQ ; RTDE 1999.738, obs. J.-G. HUGLO ; B. Joly 1999, § 157, note J.-Ph. DOM ; PA. 12 novembre 1999, n° 226, p. 5, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD.

3101 Il semble préférable de se placer sur le terrain de la fictivité.

3102 Voir R. SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs aus die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*, Walter de Gruyter & CO.-J.C.B. Mohr, Berlin-Tübingen 1955, p. 203 sqq. ; J. H. FARRAR, N. E. FURREY, B. M. HANNIGAN Ph. WYLIE, *Farrar's company law*, 4^{ème} éd., Butterworths 1998, p. 71 sq. Voir également Com., 3 novembre 1972, BC., IV, n° 269 ; Com., 16 janvier 2001, C.C.C. 2001, Comm. 71, note L. LEVENEUR, pour des exemples de violations d'obligation de non-concurrence. La personnalité morale peut être utilisée pour échapper à des obligations légales : Civ. III, 20 janvier 1976, RS. 1977.671, note J.-P. GASTAUD, pour

La personnalité morale permet également la violation de préférences promises. Le promettant qui s'était engagé par une promesse de vente ou par un pacte de préférence à vendre un bien peut apporter ou céder celui-ci à une société³¹⁰³. La jurisprudence n'est guère fixée sur la sanction de telles manœuvres. En matière d'obligation de non-concurrence, les juges ont parfois accueilli la demande de réparation du créancier³¹⁰⁴. En matière de violation de promesse de vente ou de préférence contractuelle, outre d'éventuels dommages-intérêts, la nullité du transfert peut être prononcée si la fraude est prouvée³¹⁰⁵. L'exécution directe sur les biens de la société au moyen de la substitution est refusée par une jurisprudence constante³¹⁰⁶.

992 Lorsque le créancier a réussi à faire constater l'inexécution de son obligation par le débiteur, il peut se heurter à une nouvelle manœuvre de celui-ci : le débiteur récalcitrant peut tenter de mettre ses biens à l'abri des poursuites en transférant la propriété à une personne morale. Les créanciers pourront toujours saisir les titres, mais cette voie reste moins intéressante que la saisie des biens directement. Une société peut tenter de se soustraire de la même façon en cédant ses biens à une tierce société³¹⁰⁷. Les tribunaux ont parfois admis l'exécution sur les biens de la société complice³¹⁰⁸.

une société constituée afin d'échapper au statut de la promotion immobilière ; Aix, 7 avril 1971, RS. 1971.576, note D. SCHMIDT (société constituée afin de faire échapper un bien à la masse successorale). ; Crim., 3 janvier 1983, D. 1984.615, note Th. RENOUX ; RTDCom. 1985.123, n° 11, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN (association constituée dans un but de fraude fiscale).

3103 Civ. III, 10 février 1999, BC., III, n° 37 ; RTDCiv. 1999.856, n° 3, obs. P.-Y. GAUTIER.

3104 Com., 16 janvier 2001, précité, qui se fonde sur la concurrence déloyale car la clause de non-concurrence avait cessé de produire ses effets.

3105 Civ. III, 10 février 1999, précité.

3106 Civ. III, 30 mars 1997, BC., III, n° 96 ; D. 1997.475, note D. MAZEAUD ; C.C.C. 1997, Comm. 129, note L. LEVENEUR ; RTDCiv. 1997.685, obs. P.-Y. GAUTIER. C'est cependant la solution adoptée par la *High Court* dans l'affaire *Jones v Lipman* [1962], *150 Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 9 sqq.

3107 Voir J. ABEILLE, *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*, thèse Aix-Marseille, Imprimerie Ant. Ged 1938, p. 221 sq. Voir également Com., 9 mai 1990, B. Joly 1990, § 183, note P. LE CANNU, le montage avait été élaboré au détriment d'un associé. Voir également la théorie de l'émanation d'Etat : M. RÉMOND-GUILLOUD, « *L'émanation maritime* » ou comment faire céder l'écran de la personnalité morale d'un armement d'Etat, DMF. 1986.333.

3108 Civ., 20 mars 1989, B. Joly 1989, § 150 ; RTDCom. 1989.479, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN, (cession de biens à une société afin de les soustraire aux poursuites d'un créancier, qui a été autorisé malgré tout à prendre une hypothèque) ; Com., 2 juin 1987, BC., IV, n° 132 ; RS. 1987.629, obs. Y. GUYON (sociétés constituées en vue d'échapper au fisc).

993 Certains auteurs ont soutenu qu'il fallait lever le voile social dans de telles situations et ont interprété les solutions favorables aux créanciers comme des hypothèses de levée du voile social³¹⁰⁹.

994 **Le groupe de sociétés.** La question la plus fréquente est celle de la responsabilité de la société mère. Doit-elle répondre des dettes contractuelles ou délictuelles de sa filiale ? A quelles conditions une telle responsabilité peut-elle lui être imposée ? Le principe reste l'autonomie des sociétés membres d'un groupe en raison de leur personnalité propre et indépendante de celle des autres sociétés. Chaque société est seule tenue d'honorer ses dettes au moyen des biens qui composent son patrimoine³¹¹⁰. La compensation est exclue entre les créances d'une filiale et les dettes de la mère³¹¹¹. Par exception, les tribunaux ont parfois condamné la société mère à désintéresser les créanciers de sa filiale³¹¹². Inversement, la filiale a parfois été condamnée pour des dettes contractées par sa mère³¹¹³.

995 La transparence des sociétés membres d'un groupe est invoquée également en d'autres matières que le droit des sociétés. L'extension de l'effet d'une obligation contractuelle au sein d'un groupe de sociétés fournit un premier exemple. Sans que la personnalité morale soit utilisée afin d'échapper à une quelconque obligation, la jurisprudence a parfois pris l'initiative d'étendre l'effet de clauses contractuelles à des sociétés membres du groupe mais non parties à la convention. Les clauses compromissaires en particulier

3109 Voir I. M. WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, Columbia Law Review 1912.496, spéc. p. 501 sq. ; M. RÉMOND-GOUILLOUD, article précité.

3110 Com., 24 mai 1982, RS. 1983.361, note J. BÉGUIN ; Paris 4 mai 1990, RS. 1990.449 ; Com., 4 janvier 1982, RS. 1983.95, note J.-J. BURST (demande adressée à une société pour une dette d'une sous-filiale) ; Soc., 15 décembre 1971, BC., V, n° 733 (demande d'un salarié dirigée contre une autre société du groupe). Comparer avec les décisions rendues en matière de garantie : Com., 19 novembre 1982, RS. 1983.615, note J.-L. SIBON ; Com., 28 avril 1987, D. 1988.341, note D. GRILLET-PONTON ; Com., 9 décembre 1997, BC., IV, n° 332 ; JCP. 1998, I, 163, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Paris, 9 mars 1999, RS. 1999.411, note Y. GUYON ; B. Joly 1999, §142, note A. COURET (fondation tête de groupe). Il est possible aux créanciers de solliciter l'octroi de garantie : cautionnement ou lettre d'intention.

3111 Civ., 21 novembre 1934, S. 1936.1.289, note H. ROUSSEAU ; Paris, 29 novembre 1962, D. 1963.648, note J.-M. VERDIER ; Com., 12 février 1980, BC., IV, n° 73, solution fondée sur la personnalité juridique distincte des sociétés mère et filles.

3112 Civ., 7 janvier 1946, affaire L'invulnérable, D. 1946.132 ; S. 1947.1.32 ; JCP. 1947, II, 2999, note A.C. ; Com., 4 mars 1997, RS. 1997.551, note P. DIDIER. Voir également Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. priv. n° 216, LGDJ 1991, n° 75 sqq.

3113 Req., 20 novembre 1922, affaire Lamborn, S. 1926.1.305, note H. ROUSSEAU. Voir également Soc., 21 mars 1978, BC., V, n° 224 (les relations entre les sociétés en cause ne sont pas précisées) ; Aix, 18 juin 1975, RJC. 1976.95, note J. CALAIS-AULOY.

sont visées par la jurisprudence³¹¹⁴. Il pourrait s'agir de transparence dans la mesure où l'extension porte non pas sur l'opposabilité de la clause mais sur son caractère obligatoire : la société du groupe est considérée comme une partie et non comme un tiers³¹¹⁵.

996 Le droit du travail n'ignore pas la notion de groupe de sociétés³¹¹⁶. L'analyse développée en matière d'extension de la force obligatoire de certaines clauses semble transposable à l'obligation de reclassement dans les groupes de sociétés. La possibilité de reclassement doit être appréciée à l'intérieur du groupe³¹¹⁷. Cette solution consacrerait une véritable extension de la force obligatoire d'une personne à une autre. Cependant cette analyse n'est guère convaincante. L'obligation de reclassement pèse uniquement sur la personne qui licencie : le reclassement ne peut être imposé par le juge à une société du groupe. Il existe pourtant des phénomènes qui posent de véritables problèmes au regard de la théorie de la personnalité morale. Il s'agit en particulier de la notion d'unité économique et sociale (UES). Elle a été consacrée par la loi du 28 octobre 1982, à l'article L. 431-1 du Code du travail, en matière de comité d'entreprise mais elle est d'origine prétorienne. Elle fournit un cadre à la désignation des institutions représentatives du personnel tels que les délégués syndicaux et les représentants élus au comité d'entreprise. La notion d'UES a été interprétée comme une négation de la personnalité morale des sociétés groupées³¹¹⁸.

3114 Com., 28 novembre 1989, B. Joly 1990, §50, note D. FOUSSARD ; Paris, 11 janvier 1990, B. Joly 1990, § 151, en matière d'arbitrage international. Voir I. FADLALLAH, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, Travaux du Comité français de Droit international privé 1984-1985, éd. du CNRS. 1987, p. 105 ; A. CHAPPELLE, *L'arbitrage et les tiers : II.- Le droit des personnes morales*, Revue de l'arbitrage 1988.475 ; M. DE BOISSÉSON, *Effets d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés*, B. Joly 1990, § 325 ; Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. priv. n° 216, LGDJ 1991, n° 340 sqq.

3115 Certaines décisions recourent cependant à la notion d'opposabilité : Paris, 11 janvier 1990, B. Joly 1990, § 151.

3116 Voir Ch. FREYRIA, *La conception sociale du groupe d'entreprises*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Etudes en l'honneur de Jean Savatier*, PUF. 1992, p. 201 ; G. COUTURIER, *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, in *Les salariés et les minoritaires dans les groupes de sociétés*, avant-propos M. BUY, PUAM 1993, p. 49.

3117 Soc., 25 juin 1992, D. Soc. 1992.710 et Conclusions R. KESSOUS, D. Soc. 1992.826 ; Soc., 5 avril 1995, DO. 1995.285 ; D. 1995.503, note M. KELLER ; JCP. 1995, II, 22443, note G. PICCA ; A. LYON-CAEN, *La contrôle par le juge des licenciements pour motif économique*, DO. 1995.281.

3118 En ce sens : R. DE LESTANG, *La notion d'unité économique et sociale d'entreprise juridiquement distincte*, D. Soc. 1979, Sp. 5. Voir également G. BÉLIER, *Mise en place et attribution du comité de groupe : « de l'UES à la directive Vredeling »*, D. Soc. 1983.439 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Montchrestien

997 Le droit européen de la concurrence pourrait également laisser penser que la personnalité morale peut être transparente en présence d'un groupe afin de faire apparaître une seule unité économique, une seule entreprise. En effet, la CJCE a admis qu'une société mère et ses filiales forment une unité économique à l'intérieure de laquelle les filiales ne jouissent pas d'une autonomie réelle. Elle a déduit de cette constatation que l'article 81 §1 n'est pas applicable aux groupes de sociétés³¹¹⁹. En réalité le droit de la concurrence ne remet pas en cause la personnalité morale : il régit uniquement l'entreprise sans prendre en considération sa forme juridique³¹²⁰. Une entreprise, au sens des articles 81 et 82 du traité sur l'Union européenne, peut être constituée de personnes morales mais aussi de personnes physiques. Un industriel et ses représentants dans différents pays notamment peuvent former une seule entreprise : nul ne prétendra que les personnes physiques sont atteintes de transparence et que leur personnalité est remise en cause. En définitive, le droit de la concurrence ne porte pas atteinte à la personnalité morale car il n'y a tout simplement pas de transparence : la matière est indifférente à la forme juridique, seule se trouve dans la norme, la notion d'entreprise.

998 Ces phénomènes attachés à l'existence d'un groupe ont été présentés comme des cas de transparence remettant en cause la personnalité morale des institutions qu'elle atteint³¹²¹.

999 Les extensions de passif en matière de procédure collective. L'extension de procédure est admise en droit français

2000, n° 99, qui recourent à l'idée de transparence.

3119 CJCE., 24 octobre 1996, Rec. I, p. 5457 ; PA. 29 mai 1998, n° 64, p. 29, note R. BLASSELLE, *L'application de l'article 85 §1 du traité instituant la communauté économique européenne aux groupes d'entreprises*. L'article 82 du traité reste applicable pour sanctionner non plus une entente, mais un abus de position dominante. CJCE., 14 juillet 1972, affaire des matières colorantes, RTDE. 1972.776 ; JDI. 1973.924, obs. B. GOLDMAN. L'arrêt ajoutait qu'« en considération de l'unité du groupe ainsi formé, les agissements des filiales peuvent, dans certaines circonstances, être rattachés à la société-mère ».

3120 CJCE., 13 juillet 1962, Mannesmann, Recueil, p. 675.

3121 Voir M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, préf. R. PLAISANT, Bibl. dr. priv. n° 16, LGDJ 1959, n° 296, selon qui l'arrêt Lamborn est resté isolé car il niait la personnalité morale de la filiale ; Y. CHARTIER, note sous Com., 5 février 1991, D. 1992.28 ; D. COHEN, *Arbitrage et société*, préf. B. OPPETIT, Bibl. dr. priv. n° 229, LGDJ 1993, n° 563, qui tout en faisant référence à des techniques du droit commun invoque la théorie de la levée du voile social. Comparer avec P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Imprimerie Moderne 1950, p. 181 sqq., qui soutient l'identité des personnes morales malgré la diversité des personnes juridiques et présente cette position, inspirée au plan terminologique de la théorie de l'institution, comme une remise en cause des fondements de la personnalité morale. L'intégration fiscale des filiales à 95 % peut également être mentionnée.

depuis le début du XX^e siècle³¹²². Il existe aujourd'hui plusieurs voies pour reporter une partie du passif social sur des personnes qui n'en répondent pas d'ordinaire : deux sont d'origine légale et une troisième est restée prétorienne. L'action en comblement de passif de l'article L. 624-3 du Code de commerce permet de mettre à la charge des dirigeants de droit ou de fait, tout ou partie du passif de la personne morale, sans ouvrir une nouvelle procédure. Cette action est ouverte si les fautes de gestion du dirigeant ont contribué à l'augmentation du passif. Par ailleurs une procédure peut être ouverte également contre les mêmes personnes si elles entrent dans l'un des sept cas de l'article L. 624-5 du Code de commerce³¹²³. Bien que l'expression d'*extension de procédure* soit commune, la procédure ouverte contre la personne morale et celle ouverte contre le dirigeant restent distinctes³¹²⁴.

1000 La confusion de patrimoines, quant à elle, est d'origine purement jurisprudentielle³¹²⁵. Elle s'est maintenue malgré le développement des dispositions législatives en la matière³¹²⁶. Cette action présente, il est vrai, l'avantage de viser les associés et non seulement les dirigeants. La jurisprudence n'a cependant jamais défini la confusion de patrimoines. La matière est très factuelle. Parmi les faits relevés pour établir la confusion de patrimoines, on peut citer l'absence de comptabilité, les mouvements irréguliers, l'identité d'objet et/ou de dirigeants³¹²⁷. La confusion doit être totale et non seulement partielle, ce qui justifie que le procédé soit inapplicable entre deux personnes physiques³¹²⁸. La procédure est alors unique.

3122 Req., 29 juin 1908, D. 1910.1.233, note J. PERCEROU.

3123 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 4, *L'entreprise en difficulté*, 2^{ème} éd., PUF. 1999, p. 293 sq.

3124 Com., 7 octobre 1975, RS. 1976.131, note J.-P. SORTAIS. Voir également G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd. par Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, LGDJ 2000, n° 3301.

3125 Req., 29 juin 1908, D. 1910.1.233, note J. PERCEROU ; Com., 21 juillet 1952, D. 1952.773, note J. COPPER-ROYER. Les arrêts et les pourvoi visent aujourd'hui l'article 3 de la loi de 1985, devenu L. 621-1 du Code de commerce.

3126 Voir R. LEGAIS, *L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés*, RTDCom. 1957.289 ; Fl. GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?*, RTDCom. 1979.49 ; Com., 28 mars 1977, RS. 1978.119, note J.-P. SORTAIS ; J.-J. DAIGRE, *Rép. Sociétés, V^{is} Entreprises en difficulté-Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*, n° 86 sqq., selon qui la confusion des patrimoines peut exister sans fictivité de la personne morale.

3127 Com., 11 mai 1993, B. Joly 1993, § 305, note Ph. PÉTEL (absence de flux financier anormal et indépendance des activités) ; Com., 8 février 1994, RS. 1995.100, note A. HONORAT, A.-M. ROMANI ; B. Joly 1994, § 117 (identité d'objet et de gérant ; fictivité de la société).

3128 Voir Douai, 14 octobre 1999, D. 2000, AJ. 115.

L'unicité de procédure entraîne le plus souvent l'unicité de solution³¹²⁹. La date de cessation des paiements est la même pour toutes les personnes auxquelles la procédure est étendue³¹³⁰. Le tribunal de la procédure initiale reste compétent pour la procédure étendue.

1001 Selon certains auteurs, la confusion des patrimoines conduit à remettre en cause la personnalité du débiteur³¹³¹. Elle serait une forme de sanction de l'abus de la personnalité morale³¹³². La confusion de patrimoines serait ainsi une manifestation de la levée du voile social en droit français³¹³³. Il est vrai que la confusion des patrimoines est une institution surprenante. Les associés sont atteints par l'extension de procédure alors qu'ils sont, en théorie, les premiers bénéficiaires de la responsabilité limitée.

II Critique de la théorie de la levée du voile social

1002 La personnalité morale est-elle relative comme le laisse à croire la théorie de la levée du voile social ? Cette construction remet-elle en cause la constance de la personnalité morale ? Il est permis de ne pas s'avouer convaincu par les arguments avancés en sa faveur. La théorie de la levée du voile social se heurte à de nombreuses objections tant d'ordre méthodologique (A) que technique (B).

A) Critique méthodologique

1003 La théorie de la levée du voile social pose une bonne question mais elle n'y apporte pas une solution satisfaisante. La question est essentiellement celle de l'influence de l'existence d'un groupe de personnes morales, et plus particulièrement d'un groupe de

3129 Com., 17 février 1998, D. Aff. 1998.426, note A.L ; PA. 12 juin 1998, n° 70, p. 22, note B. SOINNE.

3130 Il n'est pas nécessaire de constater la cessation des paiements de la personne à laquelle la procédure est étendue. En ce sens : R. LEGAIS, article précité, n° 19.

3131 Voir R. LEGAIS, article précité, n° 1 ; Fl. GISSEROT, article précité, n° 3 sq. Voir également J.-M. CALENDINI, *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, thèse dactyl., Paris II 1983, n° 49 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire. Unité ou dualisme ?*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 453.

3132 Voir J.-J. DAIGRE, *Rép. Sociétés, V^{is} Entreprises en difficulté-Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*, n° 91 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, article précité ; N. FADEL-RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. priv. n° 214, LGDJ 1991, n° 214 sqq.

3133 Voir J. M. DOBSON, "Lifting the Veil" in four Countries : the law of Argentina, England, France and the United States, *International and comparative Law Review* 1986.839 ; K. WEISSBERG, M.-C. MOISSINAC, *Piercing the Corporate Veil in France*, *International Financial Law Review* July 1987, p. 33.

sociétés, sur la règle de la responsabilité limitée. Elle est pertinente, mais elle ne signifie en aucune façon que de simples considérations d'opportunité justifient la négation de la personnalité morale. Une telle opinion serait aussi dangereuse que difficile à mettre en œuvre.

1004 **Difficultés pratiques et dangers théoriques.** Les auteurs sont nombreux à relever l'incertitude du fondement et des critères de mise en œuvre de la théorie de la levée du voile social³¹³⁴. En France, Monsieur Germain a relevé l'incertitude de la théorie de la transparence et préfère la théorie de la responsabilité de la société dominante³¹³⁵. Cet auteur relève notamment qu'« une solution fondée sur la personnalité morale manque de bases solides et de rigueur : la personnalité morale est tantôt reconnue, tantôt contrainte à s'évanouir, sans qu'aucun critère sérieux permette d'éviter l'arbitraire »³¹³⁶. La sécurité juridique n'est pas assurée par la théorie de la levée du voile social³¹³⁷. La solution des problèmes posés par les groupes de sociétés « doit être cherchée non dans la théorie de la transparence - *Durchgriffslehre* -, mais dans les principes du droit civil »³¹³⁸.

1005 La théorie de la levée du voile social est fort peu juridique. Aucun fondement sûr n'est proposé pour guider le juge. Seules sont avancées des justifications économiques ou morales. Au mieux, il est permis de dresser des typologies, mais en aucun cas une théorie suffisamment cohérente pour servir de guide à la réflexion³¹³⁹. A aucun

3134 Voir F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press 1991, p. 54 ; P. MANES, *La teoria des lifting the veil of incorporation in Inghilterra*, *Contratto e impresa* 1999.718, spéc. n° 16 et note 8 ; J. M. DOBSON, "Lifting the Veil" in four Countries : the law of Argentina, England, France and the United States, *International and comparative Law Review* 1986.839 ; J.-J. DAIGRE, *Répertoire Sociétés, V^{is} Société fictive*, n° 18 ; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés. Responsabilité de l'actionnaire dominant. Retrait des actionnaires minoritaires*, Georg Genève 1972, n° 20.

3135 M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 334. L'auteur suit sur ce point la théorie développée par Rehbinder en Allemagne. Voir E. REHBINDER, in *Le droit international privé des groupes de sociétés*, Georg Genève 1973, p. 126 sqq.

3136 M. GERMAIN, thèse précitée, n° 334.

3137 Voir V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 602 ; J.-J. DAIGRE, article précité, n° 18 ; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, thèse précitée, n° 20.

3138 Voir M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 334. Voir également B. OPPETIT, A. SAYAG, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, RS. 1973.577 ; D. SCHMIDT, *La responsabilité dans les relations de groupes de sociétés*, RS. 1981.725.

3139 Pour une typologie, voir J. H. FARRAR, N. E. FURREY, B. M. HANNIGAN Ph. WYLIE, *Farrar's company law*, 4^{ème} éd., Butterworths 1998, p. 70 sq.

moment, en outre, n'est prise en compte la raison d'être des règles à appliquer³¹⁴⁰. Il n'est donc guère surprenant que, malgré son pragmatisme, le droit anglais revienne à l'heure actuelle à une conception plus orthodoxe de la personnalité morale³¹⁴¹. La théorie de l'abus s'expose aux mêmes critiques.

1006 Difficultés d'application de la théorie de l'abus. Qu'est-ce qu'abuser de la personnalité morale ? En l'absence d'accord sur la finalité de la personnalité morale, les auteurs n'ont guère davantage pu s'accorder sur l'abus de la personnalité morale. Est-ce abuser du droit de se prévaloir de la personnalité morale³¹⁴² ? Est-ce un abus d'institution³¹⁴³ ? Pour pallier les incertitudes, un auteur a proposé de faire de l'abus de la personnalité morale, une notion fonctionnelle, qui regroupe les utilisations de la personnalité morale en dehors du cadre fixé par le droit³¹⁴⁴. Cette proposition ajoute à l'incertitude de la notion d'abus de la personnalité morale celle de l'idée de cadre légal d'utilisation. La sanction de l'abus fait également l'objet de divergences doctrinales. Faut-il admettre la négation de la personnalité morale ? Celle-ci doit-elle être totale ou partielle ? Une réduction partielle de la personnalité morale s'apparenterait à une réduction³¹⁴⁵. La nullité a été envisagée³¹⁴⁶. L'inexistence a également ses défenseurs³¹⁴⁷. Cette imprécision est source d'insécurité. Il serait

3140 Voir Ph. I. BLUMBERG, *The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York-Oxford 1993, p. 106 et note 18 (p. 277). La prise en compte de la finalité des règles à appliquer est un avantage de la théorie de Monsieur Hannoun sur la théorie de la levée du voile social : Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. priv. n° 216, LGDJ 1991, n° 312 sqq.

3141 *Adams v. Cape Industries plc* [1990], *150 Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 1. Voir S. GRIFFIN, *Company Law. Fundamental Principles*, 3^{ème} éd., Pearson Education 2000, p. 10 sqq. ; J. LOWRY, *In Defence of Salomon : Promoting the Corporate Veil*, in *Developments in European Company Law*, Vol. 2/1997, B. A. K. RIDER et M. ANDENAS (ed.), préf. D. FABER, Kluwer International 1997.

3142 Paris, 8 décembre 1989, B. Joly 1990, § 51.

3143 Voir R. SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs aus die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*, Walter de Gruyter & CO.-J.C.B. Mohr, Berlin-Tübingen 1955, p. 204 ; B. LECOURT, thèse précitée, n° 438.

3144 Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, préf. P. DIENER, Bibl. dr. priv. n° 292, LGDJ 1998, n° 308 sqq., spéc. n° 311.

3145 En faveur d'une réduction des effets de la personnalité morale : B. LECOURT, thèse précitée, n° 438.

3146 Sur la nullité de la société fictive : Com. 16 juin 1992, Dr. Soc. 1992, Comm. 178, note Th BONNEAU ; D. 1993.508, note L. COLLET ; P. LE CANNU, *Inexistence et nullité des sociétés fictives*, B. Joly 1992, § 274.

non seulement difficile de savoir quand le voile de la personnalité morale serait levé, mais aussi d'en connaître le régime.

1007 Pour recevoir la théorie de l'abus, il conviendrait de fixer la frontière entre l'utilisation habile du droit et de l'abus. Or, force est de constater que cette délimitation est impossible³¹⁴⁸. En réalité, la notion même d'abus de la personnalité morale est un non sens. Un auteur a fait remarquer que la personnalité morale est un concept, et que l'on ne peut faire un usage abusif d'un concept³¹⁴⁹. La diversité des opinions invite à penser que les phénomènes dont on prétend rendre compte par la théorie de la levée du voile de la personnalité morale ou par la théorie de l'abus ne peuvent être expliqués par une seule théorie. Ces opinions ont par ailleurs le grand défaut de ne pas avoir été consacrées par la jurisprudence. Rares sont les pourvois ou les décisions de juges du fond qui y font référence³¹⁵⁰. La Cour de cassation semble éviter de se placer sur ce terrain alors même que les rédacteurs des pourvois l'y invitent. Cette position n'est pas adoptée sans raison : la jurisprudence a conscience de l'insuffisance de la théorie de la levée du voile de la personnalité morale au plan technique.

3147 Voir J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préf. H. CABRILLAC, Bibl. dr. priv. n° 17, LGDJ 1959, n° 133 sqq. ; P. DIENER, note sous Civ. III, 22 juin 1976, D. 1977.619 ; Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, thèse précitée, n° 385 sqq. ; J. ABEILLE, *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*, thèse Aix-Marseille, Imprimerie Ant. Ged, p. 287 ; Th. BONNEAU, note sous Com., 16 juin 1992, Dr. Soc. 1992, Comm. 178.

3148 Voir J.-J. DAIGRE, *Répertoire Sociétés, V^{ts} Société fictive*, n° 18.

3149 Voir V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 609.

3150 Com., 28 novembre 1989, B. Joly 1990, § 50, note D. FOUSSARD (abus invoqué par le pourvoi) ; Paris 8 décembre 1989, B. Joly 1990, § 51.

B) Critique technique

1008 Deux voies peuvent être empruntées afin de faire apparaître l'insuffisance technique de la théorie de la levée du voile social. D'une part, son domaine peut être contesté. c'est-à-dire que l'on peut refuser de voir dans certaines prétendues levées du voile social des phénomènes de transparence accidentelle. D'autre part, le droit commun apparaît comme un fondement plus sûr et plus adapté pour limiter certains effets du principe de séparation sans remettre en cause la personnalité morale elle-même.

1) Redéfinition du domaine de la théorie de la levée du voile social

1009 Certaines levées du voile social ne sont pas en réalité des phénomènes exceptionnels mais des manifestations de la transparence naturelle de la personnalité morale. D'autres n'atteignent pas des éléments essentiels de la personnalité morale. Ces explications restent partielles et devront être complétées par un recours au droit commun.

1010 **La transparence naturelle de la personnalité morale.** Certaines prétendues levées du voile social ne sont en réalité que des manifestations de la transparence naturelle de la personnalité morale. Ainsi la tierce opposition et l'action ut singuli ne sont pas des institutions exceptionnelles qui impliquent une négation de la personnalité morale, mais uniquement l'illustration de l'immanence de l'intérêt de la personne morale par rapport à l'intérêt des membres et/ou des fondateurs³¹⁵¹. De même, certains aspects fiscaux du droit des groupes de sociétés illustrent simplement l'adaptation du droit fiscal à l'activité et à la finalité de la personne morale en cause. Ainsi l'intégration fiscale des filiales à 95% n'implique aucune remise en cause de la personnalité morale mais relève finalement de la transparence naturelle³¹⁵². D'une part, le résultat de chaque société est déterminé de manière autonome, il n'y a donc pas négation de la personnalité à ce stade. D'autre part, il s'agit uniquement de prendre en compte la finalité de la société-mère qui a constitué un réseau intégré de sociétés afin de réaliser son objet. L'exigence d'une telle participation est sans doute la règle la moins justifiée de cette réglementation, alors que l'intégration organisationnelle peut être réalisée avec une participation inférieure.

1011 **L'atteinte aux règles d'organisation.** Le plus souvent la levée du voile social est invoquée afin d'écartier la limitation de

3151 Voir ci-dessus, n° 557 sqq.

3152 Articles 223, A et suivants du Code général des impôts.

responsabilité des membres d'un groupement personnifié. Cette remise en cause de la responsabilité limitée a été interprétée comme une atteinte à la personnalité morale elle-même. Il a cependant été démontré que la responsabilité limitée n'est pas de l'essence de la personnalité morale. Cette règle est uniquement une règle d'organisation. La mise à l'écart de la responsabilité limitée par la prétendue levée du voile social conduit en définitive à remettre en question une règle d'organisation et non la personnalité morale elle-même. Cependant, il faut expliquer pourquoi les règles d'organisation normalement applicables sont écartées. Pour cela, le recours au droit commun semble proposer des techniques satisfaisantes.

2) *Le recours au droit commun*

1012 Le droit commun fournit toutes les armes nécessaires pour tempérer les effets du principe de séparation sans remettre en cause la personnalité morale. L'interprétation de la volonté des parties, la fraude, la simulation, l'apparence et la responsabilité civile sont autant de techniques pertinentes en la matière.

a) *L'interprétation de la volonté des parties*

1013 L'interprétation de la volonté des parties se trouve au fondement de deux mécanismes. Il s'agit, d'une part, de l'extension de la force obligatoire d'une convention, et en particulier de l'application d'une clause compromissoire dans un groupe de sociétés. Il s'agit, d'autre part, de l'obligation du commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la société en commandite.

1014 **L'extension de la force obligatoire d'une convention.** L'interprétation de la volonté des parties permet de justifier la jurisprudence qui étend la force obligatoire d'une clause à l'ensemble des sociétés d'un groupe. En matière de clause compromissoire, les arrêts relèvent que « suivant la volonté commune de toutes les sociétés intéressées, les sociétés... avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signées »³¹⁵³, voire que « leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existant entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage »³¹⁵⁴. Plusieurs notions ont été invoquées afin de fonder cette jurisprudence : la représentation, la

3153 Paris, 21 octobre 1984, Revue de l'arbitrage 1984.98, note A. CHAPELLE, la sentence fait référence de manière accessoire à la notion de groupe de sociétés afin de conforter, semble-t-il, l'interprétation de la volonté des parties.

3154 Paris, 11 janvier 1990, B. Joly 1990, § 151.

ratification et la stipulation pour autrui sont les plus utilisées³¹⁵⁵. L'apparence a également été avancée³¹⁵⁶. Mais elle ne peut être retenue car elle implique que les sociétés groupées ne peuvent soutenir l'extension de la clause, ce qui est contraire aux solutions du droit actuel. Cependant, il faut reconnaître qu'il s'agit essentiellement d'explications *a posteriori* qui confortent uniquement l'interprétation de la volonté des parties³¹⁵⁷. Par ailleurs, l'extension de la clause compromissaire n'est pas propre au groupe de sociétés. En droit international, elle résulte non seulement de l'interprétation de la volonté des parties mais aussi des usages³¹⁵⁸. Certaines condamnations de sociétés-mères ont parfois été justifiées par l'idée que la filiale représentait la société-mère³¹⁵⁹. Sans doute atteint-on ici les limites de l'interprétation de la volonté. En toute hypothèse, cependant, il ne s'agit pas d'une remise en cause de la personnalité morale³¹⁶⁰.

1015 La responsabilité des commanditaires. La responsabilité du commanditaire est, en principe, limitée au montant de son apport. En contrepartie, le commanditaire ne peut s'immiscer dans la gestion de la société. Il ne peut accomplir aucun acte qui le mette en relation avec les tiers : seuls sont interdits les actes de gestion externe. En revanche, les actes de gestion interne sont autorisés. Il peut donner des avis et contrôler la gestion des commandités. Le fondement de cette interdiction est la protection des tiers³¹⁶¹. Si le commanditaire agissait comme un commandité les tiers pourraient croire, à tort, qu'il est tenu de tout le passif.

3155 Voir A. CHAPELLE, *L'arbitrage et les tiers : II.- Le droit des personnes morales*, Revue de l'arbitrage 1988.475.

3156 Voir les interventions en ce sens à la suite de la conférence de Monsieur Fadlallah : I. FADLALLAH, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, Travaux du Comité français de Droit international privé 1984-1985, éd. du CNRS. 1987, p. 105.

3157 Voir I. FADLALLAH, article précité (voir cependant les doutes de Goldman, *ibid.*, p. 125 sq.) ; A. CHAPELLE, *L'arbitrage et les tiers : II.- Le droit des personnes morales*, Revue de l'arbitrage 1988.475. Selon certains auteurs, il existerait une présomption d'acceptation de la clause compromissaire au sein d'un groupe de sociétés. Voir M. DE BOISSÉSON, *Effets d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés*, B. Joly 1990, § 325.

3158 Voir Paris, 11 janvier 1990, B. Joly 1990, § 151. Comparer avec Com., 17 décembre 1985, RCDIP. 1986.537, note H. GAUDEMET-TALLON, l'extension de la clause compromissaire contenue dans un contrat au sous-traitant a été rejetée pour des raisons tenant à l'interprétation de la volonté des parties. Voir également Ch. JAROSSON, *Convention d'arbitrage et groupes de sociétés*, in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilité*, avant-propos Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Colloque du LERADP Lille II et EDHEC, LGDJ 1994, p. 53.

3159 Versailles, 17 septembre 1986, D. 1987.41, note P. ESTOUP. Voir également Soc., 2 décembre 1997, B. Joly 1997.777, note G. BARANGER.

3160 En ce sens : V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 632.

1016 La sanction de l'immixtion est graduée³¹⁶². Le commanditaire est tenu solidairement avec les commandités des actes conclus en méconnaissance de la prohibition. Il peut, en outre, être déclaré tenu de tous les engagements de la société eu égard au nombre et à l'importance de ses faits d'immixtion. La protection de l'intérêt de la société est également assurée par cette règle. Elle dissuade les commanditaires d'engager des opérations trop risquées engagées afin d'accroître leur profit³¹⁶³.

1017 Le fondement de l'obligation du commanditaire a été discuté³¹⁶⁴. La théorie de l'apparence semblerait adaptée à la situation³¹⁶⁵. Cependant la responsabilité du commanditaire est parfois retenue sans référence à l'apparence. L'appréciation de l'importance et du nombre des actes d'immixtion se fait sans chercher l'appréciation qu'a pu en avoir le tiers³¹⁶⁶. La responsabilité civile pourrait également être invoquée. Cependant le commandité peut être condamné à payer des dettes antérieures à son immixtion³¹⁶⁷, c'est-à-dire antérieures à sa faute. Pour cette raison la responsabilité civile n'est guère satisfaisante. La perte du bénéfice de la responsabilité limitée se justifie sans doute davantage par la volonté du commanditaire. S'il s'est immiscé dans la gestion externe de la société, il perd la qualité d'associé commanditaire, sans devenir pour autant un commandité, par sa volonté. L'immixtion est un acte de volonté, elle est toujours un acte volontaire³¹⁶⁸. La gravité et l'importance des actes d'immixtion sont des éléments d'interprétation de la volonté du commanditaire, quant à l'étendue de son engagement. Il a renoncé au bénéfice de la responsabilité limitée pour acquérir les pouvoirs d'un commandité. Il n'y a là aucune atteinte à la personnalité morale de la société en commandite. Il s'agit uniquement de donner effet à des actes de volonté.

3161 D. FIORINA, *Obligations aux dettes et droit communs des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse I 1984, n° 76.

3162 Article L. 222-6 du Code de commerce.

3163 D. FIORINA, *Obligations aux dettes et droit communs des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse I 1984, n° 77.

3164 Voir D. FIORINA, thèse précitée, n° 111 sqq., spéc. n° 121 sqq., sur la théorie de l'apparence.

3165 En ce sens J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préf. H. CABRILLAC, Bibl. dr. priv. n° 17, LGDJ 1959, n° 192 sqq.

3166 D. FIORINA, thèse précitée, n° 129 sqq. L'auteur relève par ailleurs que le commanditaire peut être condamné à payer des dettes antérieures à son immixtion, ce qui n'est guère conforme à la théorie de l'apparence.

3167 Voir D. FIORINA, thèse précitée, n° 133.

3168 Voir D. FIORINA, thèse précitée, n° 143 sqq.

b) La simulation et la personnalité morale fictive

1018 La question de la fictivité se pose en deux occasions. Si elle est souvent invoquée en présence d'une procédure collective, la fictivité ne perd pas de sa pertinence lorsque la personne morale est *in bonis*. Avant d'étudier ces deux situations, il convient au préalable de préciser les liens qui existent entre la théorie de la simulation et celle de la personne morale fictive.

1019 La personne morale fictive est-elle une application de la simulation ? Les auteurs sont partagés sur ce point. Selon une partie de la doctrine, la fictivité n'est pas une application de la théorie de la simulation³¹⁶⁹. Il est vrai notamment que la fictivité peut survenir en cours de fonctionnement et ne vicie pas nécessairement la constitution de la personne morale. Aucune différence n'est faite selon que la société est fictive dès sa création ou le devient³¹⁷⁰. En réalité, le caractère fictif de la société sera établi par des faits postérieurs à sa création³¹⁷¹. L'option entre la réalité et l'apparence caractéristique de la théorie de la simulation pose également quelques problèmes lorsqu'on l'applique aux personnes morales. Selon une doctrine importante, dans les conflits entre tiers, l'apparence devrait primer afin d'assurer la sécurité juridique³¹⁷². Cette solution est opportune, mais elle ne remet pas en cause le principe de l'option qui présente sa véritable utilité et son particularisme dans les relations avec les parties à la simulation. Or rien ne permet de soutenir que cette option doive être écartée en matière de personne morale³¹⁷³. Il semble bien,

3169 Voir J.-J. DAIGRE, *Répertoire Sociétés, Vis Société fictive*, n° 24 ; P. ROUAST-BERTHIER, *Société fictive et simulation*, RS. 1993.725 ; J. ROUSSEAU, *Essai sur la notion juridique de simulation. Contribution à l'étude des actes indirectes*, thèse Paris, Dalloz 1937, n° 96 sqq. ; P. PIC, *De la simulation dans les actes de sociétés*, DP. 1935, Chr. 33 ; M. GÉGOUT note sous Req., 13 mai 1929, JS. 1930.145. En sens contraire : J.-D. BREDIN, *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, RTDCiv. 1956.261.

3170 Com., 10 décembre 1957, BC. 342 ; RS. 1958.38, note J. AUTESSERE. Voir M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, préf. P. HÉBRAUD, Bibl. dr. priv. n° 73, LGDJ 1967, n° 78 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd. par Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, LGDJ 2000, n° 2862 ; J.-J. DAIGRE, article précité, n° 8 sqq., qui distingue la fictivité juridique initiale, et la fictivité économique, postérieure à la création, que l'auteur rapproche de la levée du voile du droit anglo-saxon.

3171 Com., 13 octobre 1998, B. Joly 1999, §10, note P. SERLOOTEN.

3172 Voir J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préf. H. CABRILLAC, Bibl. dr. priv. n° 17, LGDJ 1959, n° 164 ; M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, préf. P. HÉBRAUD, Bibl. dr. priv. n° 73, LGDJ 1967, n° 76 ; J.-J. DAIGRE, article précité, n° 67 ; A. MARTIN-SERF, *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses*, J. Cl. Sociétés Traité, Fasc. 7-40, n° 84 sqq. ; M. DE GAUDEMARIS, *Théorie de l'apparence et sociétés*, RS. 1993.465.

3173 M. DAGOT, thèse précitée, n° 76.

en définitive, que la personne morale fictive relève de la théorie de la simulation.

1020 **La fictivité de la personne morale.** Il semble que le phénomène de la personne morale fictive et particulièrement de la société fictive connaisse depuis quelques années un certain développement. Il est difficile cependant de savoir s'il s'agit d'une augmentation réelle des simulations ou si le constat traduit en réalité un intérêt renouvelé pour le phénomène. Le débat relatif à la notion de société fictive et à sa sanction n'est pas nouveau mais il n'a rien perdu de son intérêt³¹⁷⁴.

1021 Quand une personne morale apparaît-elle fictive ? Henri Rousseau a soutenu qu'il est impossible de rencontrer des personnes morales fictives lorsqu'il existe une mesure de publicité³¹⁷⁵. Celle-ci donnerait toujours un minimum de consistance à la personne morale : il serait impossible de simuler la constitution d'une personne morale. Cette opinion pêche cependant par son formalisme excessif. Elle n'a guère convaincu la doctrine³¹⁷⁶ et la jurisprudence l'a écartée expressément³¹⁷⁷. L'existence d'une procédure de publicité invite cependant à ne retenir le caractère fictif d'une personne morale que dans des hypothèses exceptionnelles, où font défaut des éléments constitutifs essentiels. Parmi eux, le critère de l'*affectio societatis* est le plus fréquemment retenu pour caractériser la société fictive³¹⁷⁸. Il est courant également de recourir à un critère organique. L'identité de dirigeants, d'associés et de locaux notamment est prise en compte pour caractériser la personne morale fictive³¹⁷⁹.

3174 Seule relève de la problématique de la levée du voile sociale, la simulation de la personne morale elle-même. En est exclue la simulation de l'acte d'organisation : la donation déguisée sous l'apparence d'une société par exemple ne pose aucun problème au regard de la théorie de la personnalité morale.

3175 Voir H. ROUSSEAU, note sous Req., 13 mai 1929, S. 1929.1.289.

3176 Voir P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. DURAND, Imprimerie Moderne 1950, p. 66 ; J. CALAIS-AULOY, thèse précitée, n° 178 sq. et n° 183 sq. ; M. DAGOT, thèse précitée, n° 264 sqq., selon qui « le formalisme se surajoute au consentement des parties, il ne le remplace nullement » ; M. GÉGOUT note sous Req., 13 mai 1929, JS. 1930.145.

3177 Com., 16 décembre 1964, BC., III, n° 562, qui rejette l'argument selon lequel l'immatriculation des sociétés est un obstacle à leur fictivité.

3178 Aix, 7 avril 1971, RS. 1971.576, note D. SCHMIDT ; Com., 16 décembre 1964, BC., IV, n° 562 (confusion des patrimoines). Voir également A. MARTIN-SERF, *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses*, J. Cl. Sociétés Traités, Fasc. 7-40, n° 4 sqq. Le critère est transposable aux autres formes de personnes morales. Voir cependant P. ROUAST-BERTHIER, *Société fictive et simulation*, RS. 1993.725, qui conteste la pertinence du critère tiré de l'absence d'*affectio societatis*.

1022 La fictivité doit être prouvée par celui qui l'invoque. Le créancier qui ferait procéder à une saisie en méconnaissance de la personnalité morale se verrait exposer à des dommages-intérêts pour saisie abusive³¹⁸⁰. La simulation présente tout de même un avantage probatoire. Il n'est pas nécessaire de prouver la fraude et la complicité des associés³¹⁸¹. L'utilisation de la fictivité dans des situations de fraude manifeste s'explique certainement par la difficulté d'établir la complicité de tous les associés de la société frauduleuse³¹⁸². Cependant, son domaine reste limité car elle ne peut nuire, en principe aux tiers de bonne foi.

1023 Comment sanctionner la personne morale fictive ? L'inexistence a paru être retenue pendant un temps par la jurisprudence³¹⁸³. L'inexistence est incompatible avec la première directive européenne, qui précise qu'« aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité » n'est admise en dehors de celles énoncées à l'article 11³¹⁸⁴. L'inexistence devrait, en outre, être opposable aux tiers par les parties, ce qui est impossible en matière de simulation, où il est de principe que la simulation ne peut nuire aux tiers. Pour ces raisons, la théorie de l'inexistence ne peut convaincre³¹⁸⁵. Elle semble n'avoir guère d'utilité en droit civil car

3179 Com., 5 février 1991, D. 1992.27, note Y. CHARTIER ; Com., 28 novembre 1989, RS. 1990.240 ; B. Joly 1990, § 46. La fictivité peut atteindre également les associations. La notion d'association remplaçante, par laquelle les juridictions répressives sanctionnent la reconstitution d'une organisation dissoute en vertu de la loi de 1936 relative aux groupes de combat, devrait au plan civil se traduire par la fictivité de l'association. Sur la dissolution administrative : G. PEISER, *La dissolution par décret des associations et groupements politiques français*, D. 1963, Chr. 59.

3180 Com., 19 mars 1996, RS. 1996.267, note P. LE CANNU ; DMF. 1996.503, et A. VIALARD, *Personnalité morale des sociétés d'armement et apparemment abusif des navires saisis*, DMF. 1996.467.

3181 En ce sens M. GÉGOUT note sous Req., 13 mai 1929, JS. 1930.145.

3182 Voir P. ROUAST-BERTHIER, article précité, n° 39.

3183 Voir Civ. III, 22 juin 1976, D. 1977.619, note P. DIENER ; Civ. II, 27 octobre 1971, BC., II, 289 ; RS. 1972.274, note B. BOULOC. Voir également Com., 11 octobre 1988, B. Joly 1989, § 308, note P. LE CANNU, pour une société en participation, dénuée de personnalité morale.

3184 Voir B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements*, préf. Y. GUYON, Bibl. dr. priv. n° 331, LGDJ 2000, n° 436 sq.

3185 Voir P. LE CANNU, *Inexistence et nullité des sociétés fictives*, B. Joly 1992, § 274 ; G. DURRY, *L'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil français*, in *Travaux de l'association Henri Capitant 1962*, Dalloz 1965, p. 611 sqq. En sens contraire : J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préf. H. CABRILLAC, Bibl. dr. priv. n° 17, LGDJ 1959, n° 133 sqq. ; Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, préf. P. DIENER, Bibl. dr. priv. n° 292, LGDJ 1998, n° 385 sqq. ; J. ABEILLE, *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*, thèse Aix-Marseille, Imprimerie Ant. Ged, p. 287 ; Th. BONNEAU, note sous Com., 16 juin 1992, Dr. Soc. 1992, Comm. 178.

l'action en nullité est assez largement ouverte³¹⁸⁶. En d'autres matières, comme en procédure civile notamment, cette solution ne s'impose pas avec la même rigueur dans la mesure où le droit de critique est attribué de manière bien plus limitée³¹⁸⁷. En droit des personnes morales, et notamment en droit des sociétés, le régime strict des nullités pourrait redonner un intérêt à la théorie de l'inexistence. Pour d'autres institutions la théorie de l'inexistence ne présenterait pas d'intérêt. Ainsi en droit des associations, le droit commun reste applicable, ce qui autorise largement la critique de la validité du contrat d'association³¹⁸⁸.

1024 Les tiers devraient emprunter la voie de l'action en déclaration de simulation, dès lors que la fictivité est bien une application de la théorie de la simulation. L'action en déclaration de simulation « n'a pas pour objet l'inexistence de l'élément apparent, mais le rétablissement de la réalité »³¹⁸⁹. C'est cependant la nullité qui est préférée à l'inexistence par les arrêts les plus récents³¹⁹⁰. Cette jurisprudence se heurte également au texte de la première directive européenne, en matière de société de capitaux³¹⁹¹. De plus ni la loi de 1966, ni celle de 1978, n'ont fait référence à l'absence d'*affectio societatis* au titre des causes de nullité³¹⁹². Les articles 1832 et 1833 du Code civil, qui contiennent la définition même de la notion de société, sont sanctionnés par la nullité aux termes de l'article 1844-10 du Code civil. Il est permis de soutenir, en conséquence, que l'absence de consentement est sanctionnée par la nullité³¹⁹³. Il reste cependant que cette solution n'est guère conforme au droit européen et à l'esprit

3186 En ce sens : G. DURRY, *L'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil français*, in *Travaux de l'association Henri Capitant 1962*, Dalloz 1965, p. 611 sqq.

3187 Voir G. DURRY, article précité.

3188 Le droit de critique est peut-être trop largement ouvert en cette matière. Sans doute serait-il justifié d'en restreindre l'étendu. Mais alors l'inexistence risquerait de bouleverser l'équilibre souhaité.

3189 Voir D. FIORINA, *Obligations aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse I 1984, n° 472.

3190 Com. 16 juin 1992, Dr. Soc. 1992, Comm. 178, note Th BONNEAU ; D. 1993.508, note L. COLLET ; P. LE CANNU, *Inexistence et nullité des sociétés fictives*, B. Joly 1992, § 274 ; Com., 22 juin 1999, PA. 22 juillet 1999, n°145, p. 7 ; B. Joly 1999, § 229, note A. COURET ; Dr. Soc. 1999, Comm. 143, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 1999.875, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; RTDCom. 1999.903, obs. Y. REINHARD ; JCP. 2000, II, 10266, note M. MENJUCQ ; JCP. 2000, p. 181, note Ch. CUTAJAR.

3191 Voir P. ROUAST-BERTHIER, *Société fictive et simulation*, RS. 1993.725, n° 33 sqq.

3192 Voir P. BÉZARD, *Sociétés civiles*, préf. R. PLEVEN, Litec 1979, n° 125, qui relève que l'*affectio societatis* ne figurant pas au nombre des conditions de formation du contrat de société, aucune nullité n'est encourue en son absence.

3193 En ce sens : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. priv. n° 212, LGDJ 1990, n° 207.

des réformes du droit des sociétés, qui ont pour objectif de limiter les causes de nullité de sociétés³¹⁹⁴. Les tiers sont cependant protégés contre les effets de la nullité. Celle-ci est en principe inopposable aux tiers de bonne foi³¹⁹⁵. Ce qui rétablit la protection des tiers que l'option ouverte aux tiers a pour but d'assurer en matière de simulation. En cas d'annulation, aucune option n'est prévue, mais la protection offerte est équivalente, qui profite aux tiers de bonne foi. Enfin, la théorie des sociétés de fait est applicable à la société fictive³¹⁹⁶. Elle permet d'écarter la rétroactivité de la nullité³¹⁹⁷.

1025 Les conditions de l'application de la théorie de la personnalité morale fictive brièvement rappelées, il est intéressant d'en présenter quelques applications originales.

1026 **La société unipersonnelle.** La société unipersonnelle était la figure classique de la société fictive. L'évolution de la législation contemporaine conduit à reprendre brièvement le problème. La question qui se pose est de savoir pourquoi les tribunaux ne remettent pas systématiquement en cause ces sociétés. Selon Monsieur Germain, deux raisons s'y opposent³¹⁹⁸. D'une part, les formalités de constitution donnent une consistance à la personne morale que l'on ne peut remettre en cause comme un contrat ordinaire. D'autre part, l'admission de plus en plus large des sociétés unipersonnelles dans le droit récent a conduit la jurisprudence à davantage de bienveillance à l'égard de ces pratiques. Pourtant l'EURL peut être touchée par la fictivité comme toutes les personnes morales. L'associé unique peut être tenté d'agir par personne interposée³¹⁹⁹. Cette figure nouvelle et originale impose cependant de

3194 Cette observation justifie l'exclusion de la nullité systématique des sociétés en sommeil. Voir J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, préf. P. LE CANNU, Collection Pratique des affaires, Joly éd. 1998, n° 726.

3195 Soc., 14 décembre 1944, S. 1946.1.105, note R. PLAISANT.

3196 Com., 22 juin 1999, PA. 22 juillet 1999, n°145, p. 7 ; B. Joly 1999, § 229, note A. COURET ; Dr. Soc. 1999, Comm. 143, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 1999.875, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; RTDCom. 1999.903, obs. Y. REINHARD ; JCP. 2000, II, 10266, note M. MENJUCQ ; JCP. 2000, p. 181, note Ch. CUTAJAR. Voir également A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Paris II 2001, n° 2366 sqq.

3197 Voir M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, préf. P. HÉBRAUD, Bibl. dr. priv. n° 73, LGDJ 1967, n° 76. Monsieur Dagot juge la théorie de la société de fait inapplicable car la société fictive n'est pas une société nulle ; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. priv. n° 212, LGDJ 1990, n° 207.

3198 M. GERMAIN, *L'apport du droit de l'entreprise au droit des personnes*, JCP. CDE 2/1997, p. 11.

3199 En ce sens : A. HONORAT, A.-M. ROMANI, note sous Com., 8 février 1994, RS. 1995.100.

préciser la notion de société fictive. En principe, l'associé unique n'est pas tenu des dettes, et c'est là tout l'intérêt de cette forme sociale³²⁰⁰. Exceptionnellement, on peut faire supporter une partie du passif à l'associé. La jurisprudence a déjà eu l'occasion d'affirmer la possibilité pour une EURL d'être qualifiée de fictive³²⁰¹. On ne peut simplement considérer que le caractère unipersonnel de la personne morale implique sa fictivité depuis que la loi elle-même a non seulement toléré mais consacré cette forme de sociétés.

1027 L'associé unique d'une EURL n'est donc pas nécessairement tenu des dettes de la société³²⁰². Quand le sera-t-il ? Dans une espèce il a été jugé tenu d'une partie du passif d'une EURL, lorsqu'il s'est comporté en gérant de fait et a provoqué par ses fautes de gestion un accroissement du passif³²⁰³. Dans un autre cas, l'associé unique s'est vu étendre la procédure ouverte contre la société au motif qu'il avait créé l'EURL, non pas pour affecter un patrimoine, mais pour mettre son propre patrimoine à l'abri des poursuites. La remarque peut surprendre, car la finalité de l'EURL est précisément de permettre la création d'une société à responsabilité limitée par une seule personne qui met ainsi son patrimoine personnel à l'abri des poursuites des créanciers sociaux. Cependant, il faut ajouter que la société semblait manquer singulièrement de consistance. Elle ne maîtrisait guère les éléments du fonds de commerce qui restaient entre les mains de l'associé unique, qui avait réellement procédé à une sous-capitalisation fautive de la société. On peut penser, avec Monsieur Le Nabasque, et de manière plus générale, que l'associé unique pourra être tenu des dettes sociales dans deux hypothèses³²⁰⁴. Il sera tenu, d'une part, lorsque la société a pour but de dissimuler ses agissements et, d'autre part, lorsqu'il a organisé l'inconsistance patrimoniale de la société. Ces directives d'interprétation sont transposables aux autres institutions unipersonnelles de fait sous une réserve : il convient certainement d'être plus sévère dans l'appréciation des personnes morales unipersonnelles de fait dans la

3200 Paris, 9 février 1999, RS. 1999.412, obs. Y. GUYON ; RTDCom. 1999.789, obs. Fl. DEBOISSY. Voir également P. DIENER, *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL*, JCP. E 1992, I, 153, qui conteste la validité du montage constitutif d'un abus de la personnalité morale.

3201 Paris, 13 juillet 1993, RS. 1993.874, note A. HONORAT ; B. Joly 1993, § 375, note H. LE NABASQUE ; Paris, 15 janvier 1999, B. Joly 1999, § 137, note B. SAINTOURENS.

3202 Paris, 9 février 1999, RS. 1999.412, obs. Y. GUYON.

3203 Paris, 15 janvier 1999, B. Joly 1999, § 137, note B. SAINTOURENS. L'associé unique était une société

3204 Voir H. LE NABASQUE, note sous Paris, 13 juillet 1993, B. Joly 1993, § 375.

mesure où la situation est irrégulière par hypothèse. Bien souvent, la question se posera en réalité à l'occasion de la procédure collective de la personne morale.

1028 **La théorie des navires apparentés.** La théorie des navires apparentés a été élaborée pour lutter contre la pratique de la *single ship company*, société dont le patrimoine est composé d'un seul navire³²⁰⁵. L'ensemble d'une flotte est ainsi divisé en autant de sociétés que de navires, chacune étant à l'abri des poursuites des créanciers des autres. La doctrine maritime a élaboré une théorie qui permet à un créancier de saisir de manière conservatoire un navire qui n'appartient pas à son débiteur mais à une société apparentée³²⁰⁶. Cette théorie était souvent présentée comme une application de l'apparence³²⁰⁷. Cette opinion pouvait surprendre dans la mesure où l'apparence résidait bien davantage dans la diversité des sociétés que dans leur unité. La jurisprudence la plus récente semble marquer une certaine préférence pour la fictivité au détriment de la théorie de l'apparence³²⁰⁸. Ce mouvement apparaît notamment quant à la question de savoir si cette jurisprudence permet également d'obtenir le paiement de la créance. Elle reste controversée aujourd'hui, mais il n'est pas certain que l'apparence suffise pour cela. La jurisprudence tend à exiger la preuve du caractère fictif d'une ou plusieurs sociétés³²⁰⁹. Cette position est parfois reprise en matière de saisie

3205 Sur ce montage : J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, préf. P. LE CANNU, Collection Pratique des affaires, Joly éd. 1998, n° 639 sqq.

3206 Voir J.-S. ROHART, *Faut-il se méfier de l'apparence ? Les saisies conservatoires des navires apparentés*, DMF. 1988.499 ; du même auteur, *La saisie de navires apparentés : suite et fin ?*, DMF. 1994.339 ; A. VIALARD, *La saisie conservatoire des navires affrétés*, DMF. 1994.305.

3207 Voir R. RODIÈRE, E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., 1997, note 1, p. 170 ; Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, préf. P. DIENER, Bibl. dr. priv. n° 292, LGDJ 1998, n° 291 sqq. Voir également I. CORBIER, *La notion d'armateur*, préf. M. RÉMOND-GOUILLOU, collection Les grandes thèses du droit français, PUF. 1999, p. 118 sqq.

3208 Aix, 18 novembre 1993, B. Joly 1994, § 182, note C. KESSEDJIAN. Voir I. CORBIER, *La notion d'armateur*, préf. M. RÉMOND-GOUILLOU, collection Les grandes thèses du droit français, PUF. 1999, p. 129 sqq. ; J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, préf. P. LE CANNU, Collection Pratique des affaires, Joly éd. 1998, n° 732 ; J.-S. ROHART, *Faut-il se méfier de l'apparence ? Les saisies conservatoires des navires apparentés*, DMF. 1988.499 ; A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Paris II 2001, n° 2376.

3209 Com., 27 novembre 1991, DMF. 1992.488, note P. PESTEL-DEBORD ; Bordeaux, 2 juillet 1992, DMF. 1992.510 et note critique A. VIALARD, DMF. 1992. 623. L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux a été cassé : Com., 15 novembre 1994, BC., IV, n° 338. La censure est encourue au visa de l'article 1842 du Code civil, car la Cour d'appel n'a pas caractérisé la fictivité de l'une ou l'autre des sociétés en cause.

conservatoire, ce qui peut conduire à s'interroger sur l'avenir de la théorie des navires apparentés³²¹⁰. La théorie de l'apparence semble laisser la place à celle de la personne morale fictive.

1029 **L'émanation d'Etat.** Il n'est pas rare que des Etats recourent aux formes de personnes morales de droit privé afin d'exercer leur activité dans un cadre moins contraignant que celui du droit public ou afin de cloisonner leurs diverses activités. Les jurisprudences judiciaires et administratives ont lutté selon leurs moyens propres contre cette pratique. Selon une jurisprudence de la Cour de cassation, la tutelle, voire le contrôle d'un Etat sur une personne morale ne suffisent pas à la faire constituer comme une émanation de l'Etat impliquant son assimilation à celui-ci³²¹¹. La théorie de l'émanation d'Etat est applicable notamment en droit maritime afin de permettre la saisie d'un navire appartenant à une société d'Etat³²¹². Elle se rapproche donc de la théorie des navires apparentés. Cette doctrine apparaît de plus en plus nettement comme une manifestation de la théorie de la fictivité et plus précisément de la confusion de patrimoines. Un arrêt récent a ainsi appliqué les principes de la société fictive à une situation dans laquelle la théorie des navires apparentés comme celle de l'émanation d'Etat aurait traditionnellement été applicable³²¹³.

3210 Com., 15 novembre 1994, BC., IV, n° 338 ; Com., 21 janvier 1997, RJDA. 6/97, n° 782 ; DMF. 1997.612, note A. VIALARD ; Com., 23 novembre 1999, DMF. 2000.719, note N. MOLFESSIS. Ce dernier arrêt fait une application stricte de la convention de Bruxelles du 10 mai 1952, relative à la saisie des navires. Cette convention est appelée à être remplacée par la convention de Genève du 12 mars 1999, qui ne modifie pas le droit positif sur ce point : P. BONNASSIES, *Le droit positif français en 1999*, DMF 2000, HS. n° 4, p. 5. Le créancier saisissant s'expose à des dommages-intérêts en cas de saisie abusive : Com., 19 mars 1996, RS. 1996.267, note P. LE CANNU ; DMF. 1996.503, et A. VIALARD, *Personnalité morale des sociétés d'armement et apparentement abusif des navires saisis*, DMF. 1996.467. Voir également A. VIALARD, *Droit maritime*, Collection droit fondamental, PUF. 1997, n° 372 sq. ; J.-P. RÉMERY, *La saisie conservatoire des navires dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *Rapport de la Cour de cassation 1995*, La documentation Française 1996, p. 181.

3211 Civ. I, 4 janvier 1995, BC., I, n° 6 ; Def. 1995, article 36100, n° 65, obs. Ph. DELEBECQUE ; P. LAGARDE, *Une notion ambivalente : l'« émanation » de l'Etat nationalisant*, in *Droit et libertés à la fin du XX^e siècle, influence des données économiques et technologiques. Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Pédone 1984, p. 539.

3212 Rouen, 23 décembre 1985, DMF. 1986.349 ; Civ. I, 6 juillet 1988, DMF. 1988.595, note J. WALOT (qui censure cependant l'arrêt qui n'a pas suffisamment justifié sa décision). Voir également M. RÉMOND-GUILLOUD, « *L'émanation maritime* » ou comment faire céder l'écran de la personnalité morale d'un armement d'Etat, DMF. 1986.333 ; du même auteur, *L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité*, DMF. 1992.451.

1030 La jurisprudence administrative a développé quant à elle la théorie de l'association transparente³²¹⁴. Elle permet au juge administratif d'appliquer le droit administratif que les personnes publiques tendent parfois à écarter artificiellement au moyen d'associations de droit privé. Elle autorise ainsi le juge à considérer que le contractant est non pas une association administrative mais la personne publique qui l'a créée, afin d'appliquer le droit des contrats administratifs³²¹⁵. La jurisprudence a retenu, sur le même fondement, la responsabilité extra-contractuelle de personnes publiques³²¹⁶. Les juridictions administratives ne se prononcent guère sur le fondement exact de leur doctrine. Si parfois la notion de représentation paraît être utilisée, il semble que la notion de fictivité rende compte le plus souvent des décisions rendues³²¹⁷. Les associations atteintes n'ont le plus souvent jamais fonctionné, n'ont pas de financement propre, ni autonomie réelle.

1031 **La société fictive et les procédures collectives.**

L'apparence et la simulation ont été visées dès les premiers arrêts en matière d'extension de procédure et de confusion des patrimoines³²¹⁸. La fictivité est fréquemment invoquée afin d'étendre une procédure collective³²¹⁹. Selon certains auteurs, la confusion de patrimoine est

3213 Com., 23 novembre 1999, RJDA. 1/00, n° 87 ; DMF. 2000.719, note N. MOLFESSIS. Voir également I. CORBIER, *La notion d'armateur*, préf. M. RÉMOND-GUILLOUD, collection Les grandes thèses du droit français, PUF. 1999, p. 141 sqq.

3214 *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, in *Rapport public du Conseil d'Etat 2000*, EDCE-La documentation Française 2000, spéc. p. 313 sqq. ; J.-M. AUBY, *La théorie des institutions transparentes en droit administratif*, RDP. 1988.265 ; J.-Fr. MERLET, *Une grande loi de la troisième République : la loi du 1^{er} juillet 1901*, préf. J. MORANGE, Bibl. dr. Pub. n° 217, n° 837 sq.

3215 TC., 22 avril 1985, Rec. 681. La solution vaut également pour les actes unilatéraux : CE., 11 mai 1987, Divier, Rec. 167 ; J.-M. AUBY, *La théorie des institutions transparentes en droit administratif*, RDP. 1988.265.

3216 CE., 17 avril 1964, Commune d'Arcueil, Rec. 230.

3217 Voir *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, in *Rapport public du Conseil d'Etat 2000*, EDCE-La documentation Française 2000, spéc. p. 313 sqq., qui se réfère à plusieurs reprises à la notion de fictivité ; J.-M. AUBY, *La théorie des institutions transparentes en droit administratif*, RDP. 1988.265, qui se prononce pour l'idée de représentation.

3218 Req., 29 juin 1908, D. 1910.1.233, note J. PERCEROU.

3219 Req., 13 mai 1929, S. 1929.1.289, note H. ROUSSEAU ; JS. 1930.145, note M. GÉGOUT ; Com., 9 octobre 1967, BC., III, n° 310, les juges ne sont pas tenus de constater les conditions d'application de la simulation lorsque la demande est fondée sur la confusion de patrimoines. La notion de prête-nom a parfois été utilisée : Req., 9 février 1932, S. 1932.1.177, note H. ROUSSEAU, l'arrêt relève que l'associé, devenu unique, exerçait le commerce par l'entremise de ses préposés après avoir constaté qu'il s'était identifié avec la société elle-même. Sur la référence au prête-nom et sa critique : V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 557 sqq. La notion de prête-nom suppose un contrat dont l'existence entre l'associé principal et la

une hypothèse de personne morale fictive³²²⁰. La jurisprudence semble cependant distinguer la confusion des patrimoines de la fictivité de la personnalité morale³²²¹. Certains aménagements sont nécessaires, en toute hypothèse, afin de conserver à la procédure son caractère collectif. En particulier, les créanciers sociaux n'ont aucun droit d'option : l'unicité de procédure s'impose³²²².

1032 La preuve de la fictivité de la personne morale doit être apportée par celui qui l'invoque. Le seul constat d'un montage ne suffit pas à prouver la fictivité des sociétés et la confusion des patrimoines³²²³. Il faut en outre établir l'absence de comptabilité, les mouvements irréguliers, l'identité d'objet et/ou de dirigeants³²²⁴.

1033 Le caractère fictif de la personne morale semble apprécié différemment selon que la société est soumise à une procédure collective ou non. Est-ce légitime ? La question mérite d'être posée car la simulation devrait toujours être appréciée de la même façon. Elle doit exister au moment de la création de la personne morale et donc être appréciée à cette date. En réalité, il n'est pas contraire à la notion

société sera des plus difficiles à établir.

3220 En ce sens : B. SOINNE, *Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines*, PA 6 décembre 1995, p. 12 ; du même auteur, *Unité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines : péripétie ou point final ?*, PA. 12 juin 1998, n° 70, p. 22. Voir également Ph. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion des patrimoines et responsabilité des membres du groupe*, RPC. 1998.129. En sens contraire : F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, 3^{ème} éd., avec la collaboration de A. HONORAT, Dalloz 1991, n° 585 ; J.-F. BARBIÉRI, *Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien 1998, p. 45. ; M. BEAUBRUN, *La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif*, RJC. 1980.41 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ 1999, n° 299 ; Voir J.-J. DAIGRE, *Rép. Sociétés, Vis Entreprises en difficulté-Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*, n° 86 sqq. Comparer avec la position plus nuancée de Madame Laroche-Gisserot : Fl. GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?*, RTDCom. 1979.49.

3221 Com., 8 février 1994, RS. 1995.100, note A. HONORAT, A.-M. ROMANI ; B. Joly 1994, § 117 ; Com., 15 mai 2001, B. Joly 2001, § 223, note Ph. PÉTEL.

3222 Voir D. FIORINA, *Obligations aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse I 1984, n° 473 sqq. ; M. DE GAUDEMARIS, *Théorie de l'apparence et sociétés*, RS. 1993.465, n° 15.

3223 Com., 25 juin 1996, Def. 1996, art. 36423, n° 3, note H. HOVASSE.

3224 Com. 4 décembre 1979 (2 arrêts) Paris, 26 novembre 1979, RS. 1980.323, note J.-P. SORTAIS. Voir également en matière de confusion de patrimoines : Com., 11 mai 1993, B. Joly 1993, § 305, note Ph. PÉTEL (absence de flux financier anormal et indépendance des activités) ; Com., 8 février 1994, RS. 1995.100, note A. HONORAT, A.-M. ROMANI ; B. Joly 1994, § 117 (identité d'objet et de gérant ; fictivité de la société).

de simulation de tenir compte du sort de la personne morale après sa création afin de déterminer sa réalité³²²⁵. En effet, l'ouverture d'une procédure collective apparaît comme un élément de nature à établir la simulation : si la personne morale est en difficulté, cela peut être en raison de la simulation initiale. La confusion des patrimoines est le révélateur de la fictivité de la société.

1034 Il est difficile de voir dans la figure de la personne morale fictive une remise en cause de la personnalité morale. Si celle-ci ne produit pas tous ses effets ce n'est pas en raison d'une prétendue levée du voile social mais en raison d'une irrégularité sanctionnée par le droit commun, ici par la théorie de la simulation adaptée aux personnes morales fictives. La source de cette sanction n'est donc pas à rechercher dans le droit des personnes morales. Elle n'obéit pas à de vagues considérations de justice ou d'équité mais à des conditions juridiques précises qui ne sont guère différentes de celles applicables en matière contractuelle par exemple. L'obligation à la dette des membres d'une personne morale fictive apparaît, en définitive, comme « la mise en œuvre pure et simple du droit commun des obligations »³²²⁶. Il n'y a aucune atteinte à la personnalité morale elle-même.

c) La fraude

3225 Com., 13 octobre 1998, B. Joly 1999, § 10, note P. SERLOOTEN. Voir également P. ROUAST-BERTHIER, *Société fictive et simulation*, RS. 1993.725, n° 11, qui relève que la jurisprudence ne se contente plus des critères organiques (composition initiale de la société, identité de dirigeants...) mais recherche dans le fonctionnement de la société les indices de sa fictivité.

3226 Voir D. FIORINA, thèse précitée, n° 516.

1035 La personne morale frauduleuse ou de façade est une personne morale réelle³²²⁷. Elle se distingue donc de la personne fictive. Elle est régulièrement constituée mais répond à une finalité de fraude. La fraude est retenue pour anéantir les effets de montages élaborés afin d'échapper à ses obligations contractuelles ou légales³²²⁸. L'apport frauduleux d'un bien visé par un pacte de préférence peut, par exemple, être contesté en justice³²²⁹. A nouveau, se posent des questions de fondement de l'action et de sanction, tant d'un point de vue général qu'en présence d'une procédure collective.

1036 **Fondement de l'action.** Sur quel fondement peut-on lutter contre la fraude ? Deux voies sont envisageables : l'action paulienne et la théorie générale de la fraude exprimée par l'adage *Fraus omnia corrumpit*³²³⁰. La fraude paulienne de l'article 1166 du Code civil n'est guère utile pour sanctionner la fraude réalisée au moyen d'une personne morale. Dans la mesure où la société, comme l'association et les autres actes d'organisation, sont des actes à titre onéreux, le succès de l'action est subordonné à la complicité des tiers, c'est-à-dire de tous les membres du groupement³²³¹. Cette preuve est très difficile à établir dès lors que la taille du groupement dépasse quelques individus. Elle n'est cependant pas impossible si l'on en juge par quelques exemples jurisprudentiels. Un apport frauduleux a pu être ainsi déclaré inopposable à l'administration sur le fondement de l'action paulienne³²³². Le pourvoi reprochait expressément à la décision attaquée de ne pas avoir caractérisé la complicité des associés exigée lorsque l'acte frauduleux est à titre onéreux. La réponse de la Cour de cassation reste cependant peu motivée. Elle constate simplement que la Cour d'appel a, implicitement mais nécessairement, donné une base légale à sa décision en relevant que

3227 Voir D. SCHMIDT, note sous Aix, 7 avril 1971, RS. 1971.576, qui distingue société de façade, régulièrement constituée, et société fictive, sans existence réelle.

3228 Com., 9 mai 1990, B. Joly 1990, § 183, note P. LE CANNU, qui censure une décision qui avait refusé de reconnaître la responsabilité de la société complice de la fraude, au visa des articles 1832 du Code civil et 52 de la loi de 1966 (devenu L. 223-22 du Code de commerce). Voir J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, préf. P. LE CANNU, Collection Pratique des affaires, Joly éd. 1998, n° 696 sqq.

3229 Civ., 5 mars 1951, JCP. 1951, II, 6496, note J.-Ch. LAURENT.

3230 Sur la fraude en général et sur *fraus omnia corrumpit* en particulier : J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, thèse Toulouse, Dalloz 1957, notamment p. 384 sqq.

3231 Voir H. ROUSSEAU, note sous Req., 13 mai 1929, S. 1929.1.289 ; M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, préf. R. PLAISANT, Bibl. dr. priv. n° 16, LGDJ 1959, n° 307.

3232 Com., 19 avril 1972, RS. 1973.81, note J. H. Voir également Com., 20 mars 1989, B. Joly 1989, § 150.

la société avait été constituée, non pour les besoins de l'exploitation, mais pour organiser l'insolvabilité apparente d'un associé.

1037 La théorie générale de la fraude semble souvent mieux répondre aux exigences du droit positif. L'adage *fraus omnia corrumpit*, la fraude corrompt tout, est bien connu de tous les juristes³²³³. La notion de fraude comprend trois éléments : « il y a fraude 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 »³²³⁴. En matière de personne morale, on constate effectivement la réunion fréquente de ces trois éléments. La constitution d'une organisation dotée de la personnalité morale est le moyen efficace découvert par son fondateur pour échapper à l'application d'un droit de préférence, à des poursuites en cours ou imminentes etc.³²³⁵ La théorie générale de la fraude semble ainsi rendre assez bien compte de la plupart des solutions jurisprudentielles qui font référence à la fraude sans mettre en œuvre l'action paulienne.

1038 Les sanctions pénales ne doivent pas être négligées. Il existe une infraction d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité qui devrait parfois trouver à s'appliquer. L'article 314-7 du Code pénal dispose qu'est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 Francs d'amende, le fait pour un débiteur, même avant une décision de justice, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité, en vue de se soustraire à l'exécution du condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile. Le domaine de ce texte reste donc limité à certaines dettes. Mais il peut tout de même apparaître alors comme une contrainte indirecte.

1039 La preuve la plus difficile à apporter reste celle de l'intention frauduleuse. Elle peut être établie par tous moyens. Certains faits peuvent la faire apparaître de manière indirecte mais peu discutable. C'est le cas en particulier du facteur temps. Plus une opération est précipitée et proche de l'événement que le montage a pour but d'anticiper, plus le caractère frauduleux apparaîtra avec évidence. L'anticipation suppose une part d'aléa que l'imminence de la

3233 Voir H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., 1999, n° 148.

3234 J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, thèse Toulouse, Dalloz 1957, p. 208.

3235 Voir D. COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 261.

menace fait disparaître. La création d'une personne morale afin de limiter sa responsabilité fournit un exemple intéressant. Il est évident que la constitution d'une société à responsabilité limitée, SA, SARL voire EURL, n'est pas *a priori* condamnable. Cependant cette opération peut réaliser une fraude lorsqu'elle a pour but d'échapper à des poursuites en cours ou imminentes³²³⁶. Il en est de même de certains montages bien connus de la technique sociétaire³²³⁷. Cet exemple met en évidence l'importance du facteur temps³²³⁸.

1040 La théorie de la fraude a parfois été invoquée afin de justifier l'extension d'une procédure collective³²³⁹. Elle ne saurait être admise de manière trop libérale au risque de remettre en cause la limitation de responsabilité elle-même³²⁴⁰. La survenance d'une procédure collective permet cependant une appréciation plus large de la fraude comme elle autorisait une adaptation de la théorie de la personne morale fictive. L'intention frauduleuse en particulier peut être appréciée de manière plus large dans cette hypothèse.

1041 **Sanction de la fraude.** La détermination de la sanction de la fraude présente les mêmes difficultés qu'en matière de fictivité, en particulier en matière de sociétés de capitaux. La nullité n'est guère envisageable au regard du droit communautaire³²⁴¹. Elle n'est possible

3236 Civ. I, 20 mars 1989, B. Joly 1989, § 150 (constitution d'une société après réception d'une mise en demeure); Com., 2 juin 1987, BC., IV, n° 132; RS. 1987.629, obs. Y. GUYON (constitution de sociétés après plusieurs défaillances dans le paiement de dettes d'impôt). Il est intéressant de relever dans ce dernier arrêt que la Cour d'appel avait semblé se prononcer sur le fondement de la théorie de la société fictive alors que la Cour de cassation règle une question de preuve de l'intention frauduleuse.

3237 Com., 7 mars 1972, BC., IV, n° 84, qui a admis l'extension de la procédure entre une SARL et une SCI, au motif que le montage avait pour finalité de faire échapper certains biens aux poursuites imminentes des créanciers. On sait aujourd'hui que ce montage n'est pas *a priori* condamnable.

3238 Voir J. H. FARRAR, N. E. FURREY, B. M. HANNIGAN Ph. WYLIE, *Farrar's company law*, 4^{ème} éd., Butterworths 1998, p. 72.

3239 J. PERCEROU, note sous Req., 29 juin 1908, D. 1910.1.233. M. GÉGOUT, *Des conditions auxquelles est subordonnée l'indépendance d'une société par actions et de celle de son principal actionnaire*, J.S. 1933.385. A propos de Paris 9 avril 1930, (publié également au S. 1930.2.116,) qui affirme tant le principe d'indépendance des sociétés que la possibilité d'une exception en cas de fraude.

3240 Voir D. FIORINA, *Obligations aux dettes et droit communs des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse I 1984, n° 461.

3241 CJCE., 13 novembre 1990, Marleasing, Rec. p. 4135; RS. 1991.532, note Y. CHAPUT; JCP. E. 1991, I, 67, obs. F. SERRAS; JCP. E. 1991, II, 156, note P. LEVEL; B. SAINTOURENS, *Les causes des nullités des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes*, B. Joly 1991, § 41 et § 59; Fr. LECLERC, *Que reste-t-il des nullités des sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing (CJCE 13 novembre 1990) ?*, RJC. 1992.321.

que si elle ne remet pas en cause la validité de la société elle-même³²⁴². Si la fraude semble être admise en cette matière, il s'agit d'une notion communautaire³²⁴³. La fraude aux droits des créanciers ou à la loi ne peut donc être retenue au titre des causes de nullité. La solution s'impose en matière de sociétés de capitaux. Par ailleurs la nullité n'est pas retenue traditionnellement pour sanctionner la fraude. La sanction naturelle de la fraude est davantage l'inopposabilité³²⁴⁴. Elle produit en principe un effet individuel³²⁴⁵. Les procédures collectives font exception au principe de l'effet individuel. Les actes accomplis pendant la période suspecte sont sanctionnés par la nullité et non par une simple inopposabilité afin de préserver le caractère collectif des procédures de règlements des difficultés des entreprises.

1042 De nombreuses prétendues levées du voile social ne sont donc que de simples applications de l'adage *Fraus omnia corrumpit*³²⁴⁶. Il ne s'agit pas de phénomènes de transparence qui remettraient en cause la personnalité morale, mais uniquement de l'application du droit commun des obligations.

d) L'apparence

3242 Civ., 5 mars 1951, JCP. 1951, II, 6496, note J.-Ch. LAURENT, qui a admis la nullité d'un apport réalisé en violation d'un pacte de préférence.

3243 CJCE., 9 mars 1999, Centros, D. 1999.550, note M. MENJUCQ ; RTDE 1999.738, obs. J.-G. HUGLO ; B. Joly 1999, § 157, note J.-Ph. DOM ; PA. 12 novembre 1999, n° 226, p. 5, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD.

3244 Voir J. DEVÈZE, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Contrats et obligations. Effets des conventions à l'égard des tiers. Action paulienne*, J.-Cl. Civil, art. 1167, n° 124 sqq. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, Armand Colin 1999, n° 95 sq.

3245 Voir J. DEVÈZE, C. SAINT-ALARY-HOUIN, article précité, n° 139 sqq. ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 1088.

3246 Voir N. DION, *Personnalité morale des sociétés. Effets*, J.-Cl. Sociétés Traités, Fasc. 28-15, n° 59. Comparer également avec B. LECOURT, thèse précitée, n° 438, qui invoque l'abus de droit (« abus d'institution ») afin de sanctionner la fraude.

1043 **L'apparence hors procédure collective.** De nombreux auteurs ont relevé la pertinence de la notion d'apparence pour expliquer les phénomènes appelés de transparence accidentelle ou encore de levée du voile social³²⁴⁷. Les arrêts font fréquemment appel à la notion d'apparence, seule ou avec l'appui d'une autre institution du droit commun³²⁴⁸. Les solutions adoptées dans les affaires Lamborn et l'Invulnérable s'expliquent en grande partie par la théorie de l'apparence³²⁴⁹. S'il a été parfois fait référence à la théorie des sociétés créées de fait, cela reste rare³²⁵⁰. Il faut avouer que la domination économique qui caractérise le groupe de sociétés semble incompatible avec la nécessaire égalité entre associés³²⁵¹. Le plus souvent ce sera dans le cadre de la théorie générale de l'apparence que la jurisprudence se placera.

1044 L'apparence ne peut tout expliquer. Lorsqu'il n'y a guère de manifestation visible du groupe de sociétés, tels qu'une enseigne commune ou un papier à en-tête identique, il est impossible de retenir la croyance légitime. L'apparence est parfois, de ce fait, difficilement distinguer de l'immixtion³²⁵². Celle-ci relève davantage de la responsabilité civile que de la théorie de l'apparence. L'apparence reste cependant la référence principale de la jurisprudence en matière d'extension de responsabilité au sein des groupes. Ainsi, lorsque le

3247 voir notamment H. ROUSSEAU, note sous Req., 13 mai 1929, S. 1929.1.289 ; G. COUSIN, *Etude juridique du groupe industriel constitué par une société-mère et ses filiales*, thèse Nancy 1950, n° 138 sqq. ; J. CALAIS-AULOY, note sous Aix, 18 juin 1975, RJC. 1976.95 ; A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Paris II 2001, n° 2076 sqq. ; A. LANGLOIS-COLSON, *La responsabilité de la société-mère à l'égard des tiers*, thèse dactyl., Paris I 2001, n° 19 sqq.

3248 Soc., 10 mai 1972, BC., V, 310 ; RS. 1973.139 (il existait en outre une société en participation) ; Civ. I, 13 décembre 1967, D. 1968.337, note P. L. ; RS. 1968.146 ; Com., 15 novembre 1977, BC., IV, n° 265 ; Aix, 18 juin 1975, RJC. 1976.95, note J. CALAIS-AULOY.

3249 Req., 10 novembre 1922, affaire Lamborn, S. 1926.1.305, note H. ROUSSEAU ; Civ., 7 janvier 1946, affaire de l'Invulnérable, D. 1946.132 ; S. 1947.1.32 ; JCP. 1947, II, 2999, note A.C.

3250 Req., 19 août 1940, JCP. 1941, II, 1625, note D. BASTIAN, qui ne retient pas cependant l'existence d'une société créée de fait en raison des circonstances de l'espèce. Voir également R. RODIÈRE note sous Com., 2 juillet 1973, RS. 1974.516. Voir également Versailles, 29 mars 1990, B. Joly 1990, § 154, Ph. PÉTEL.

3251 Voir D. SCHMIDT, *La responsabilité dans les relations de groupes de sociétés*, RS. 1981.725.

3252 Com., 15 juin 1993, BC., IV, n° 253 ; RS. 1993.730, note R. LIBCHABER ; Dr. Soc. 1993, Comm. 200, note Th. BONNEAU, qui retient qu'un contrat s'est établi, en fait, entre la société-mère et le tiers, au motif que la société-mère s'était immiscée dans la conclusion et dans l'exécution du contrat ; Com., 4 mars 1997, RS. 1997.554, note P. DIDIER ; B. Joly 1997, § 222, note J.-J. DAIGRE. Voir Ch. HANNOUN, *L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe de sociétés matériellement intégré*, B. Joly 1991, § 165.

créancier ne pouvait ignorer l'indépendance des sociétés ou ne pouvait confondre leurs activités et leurs intérêts, sa demande est-elle rejetée³²⁵³. La théorie de l'apparence reçoit de nombreuses applications dont il faut brièvement faire état, après avoir relevé le particularisme de la notion en notre matière.

1045 L'apparence doit être, en toute hypothèse, trompeuse³²⁵⁴. En pratique, on sera parfois assez près de reconnaître une faute de la société-mère³²⁵⁵, alors que la théorie de l'apparence a pris son autonomie par rapport à la responsabilité civile. L'apparence ne peut cependant qu'avoir qu'un rôle réduit en raison de l'existence d'une publicité³²⁵⁶ : les conditions posées à son application sont nécessairement plus strictes.

1046 **L'apparence en droit du travail.** La jurisprudence sociale a fait référence, dans un premier temps, à la fraude pour déterminer le cadre des élections des représentations du personnel³²⁵⁷. Mais aujourd'hui, les juges ont adopté une conception proche de l'apparence³²⁵⁸. En pratique, la communauté d'intérêts entre les entreprises, d'une part, et la communauté d'intérêts entre les salariés, d'autre part, sont les deux critères de reconnaissance d'une unité économique et social (UES)³²⁵⁹. Il faut reconnaître cependant que la communauté d'intérêts des salariés est le critère déterminant³²⁶⁰. Depuis la reconnaissance de la notion d'UES, il a pris davantage d'importance³²⁶¹. L'UES est moins un phénomène de transparence de

3253 Soc., 15 décembre 1971, BC., V, n° 733 ; Com., 4 janvier 1982, RS. 1983.95, note J.-J. BURST ; Paris, 8 décembre 1989, B. Joly 1990, § 51 ; Com., 6 mai 1990, B. Joly 1991, § 251.

3254 Com., 5 février 1991, D. 1992.28, note Y. CHARTIER (qui retient l'apparence et la faute comme fondement de la responsabilité de la société-mère).

3255 En ce sens : J.-P. SORTAIS, *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, RJC. 1977.85 et 1977.121. Voir également D. SCHMIDT, *La responsabilité dans les relations de groupes de sociétés*, RS. 1981.725.

3256 En ce sens : Voir M. DE GAUDEMARIS, *Théorie de l'apparence et sociétés*, RS. 1993.465, n° 20 sq.

3257 Soc., 11 décembre 1968, BC., V, n°567 ; Crim., 23 avril 1970, JCP. 1972, II, 17046 ; D. 1970.444. Voir également M. DESPAX, *Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnels*, JCP. 1972, I, 2465.

3258 Voir M. LENOIR, *Entreprise et unité économique et sociale*, DO. 1986.164. Sur l'évolution jurisprudentielle en la matière : A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Montchrestien 2000, n° 98.

3259 Voir M. GLAIS, *L'unité économique et sociale entre les personnes morales juridiquement distinctes. Le point de vue de l'économiste*, GP. 1987.1.doct. 309.

3260 Voir M. GLAIS, article précité.

3261 Voir Soc., 27 mars 1985, GP. 1985.2.561, conclusions G. PICCA, l'avocat général insiste particulièrement sur l'idée de communauté d'intérêts des salariés. On peut remarquer également que les personnes morales en cause étaient, non pas des sociétés, mais des associations.

la personnalité morale des personnes morales qui composent le groupe que la manifestation de l'existence d'une collectivité de salariés liés à des employeurs différents. De plus, elle est moins une affirmation de l'unité du groupe qu'une reconnaissance de l'existence d'un sous-groupe³²⁶². Les deux notions sont d'ailleurs incompatibles au même niveau d'organisation : le groupe ne peut être simultanément reconnu comme une UES. Il ne s'agit donc pas de lever le voile social mais de prendre en compte l'apparence de la communauté de travail sans égard pour la diversité des employeurs. La personnalité morale des sociétés ou des associations n'est en aucune façon en cause.

1047 **L'apparence dans les procédures collectives.**

L'apparence a souvent été invoquée par les décisions qui ont constaté la confusion des patrimoines³²⁶³. La simple existence d'un groupe de personnes morales ou plus largement d'une communauté d'intérêts ne suffit pas pour obtenir l'extension de la procédure. L'unité d'entreprise n'est pas devenue une cause autonome d'extension de la procédure³²⁶⁴. La Cour de cassation a résisté à un courant émanant des juges du fonds qui admet l'extension de la procédure de manière libérale³²⁶⁵. Outre le caractère fictif de la personnalité morale, l'apparente unité des patrimoines peut justifier l'extension de la procédure. Il semble ainsi que la confusion de patrimoines peut être obtenue sur plusieurs fondements différents : la fictivité de la personne morale et l'apparence. Cependant dans certains cas, la simple immixtion

3262 Soc., 21 janvier 1997, D. Soc. 1997.350, et J. SAVATIER, *Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale*, D. Soc. 1997.347. Voir Fr. FAVENNEC-HÉRY, in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas 1999, n° 187 sqq.

3263 Com., 21 juillet 1952, D. 1952.773, note J. COPPER-ROYER ; Com., 23 juin 1954, BC., III, n° 232 qui relève l'immixtion d'un associé, personne physique, et l'influence de celle-ci sur la confiance des tiers ; Com., 3 avril 2001, RJDA. 8-9/01, n° 874, qui relève notamment qu'il était impossible de savoir qui était le débiteur réel. Voir également G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd. par Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, LGDJ 2000, n° 3296.

3264 En ce sens F. DERRIDA, *L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? Etude de jurisprudence*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec 1991, p. 29.

3265 Comparer : T. Com. Lille, 20 et 24 mars 1970, JCP. 1970, II, 16388, note J. GENSBURG ; RTDCom. 1970.491, obs. R. HOUIN ; Paris, 20 mars 1986, RJC. 1986.294, note Ch.-H. GALLET (extension de procédure sans fictivité), Com., 8 novembre 1988, D. 1989, Somm. 372, obs. A. HONORAT ; RS. 1990. 71, note A. HONORAT et Com., 21 janvier 1997, RJDA. 6/97, n° 782 ; DMF. 1997.612, note A. VIALARD (insuffisance de la communauté d'intérêt en l'absence de fictivité) ; Com., 6 mars 2001, RJDA. 8-9/01, n° 875 (insuffisance de la dépendance économique). Voir J.-J. DAIGRE, *Rép. Sociétés, V^{is} Entreprises en difficulté-Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*, n° 119 sqq.

anormale d'un membre de la personne morale et/ou d'un dirigeant pourra conduire à l'extension de la procédure. L'apparence trouve donc une limite dans l'absence d'extériorisation de la confusion patrimoniale. Son domaine est également principalement limité aux situations contractuelles. Le droit commun de la responsabilité civile vient alors opportunément pallier les lacunes de la théorie de l'apparence.

1048 L'application de la théorie de l'apparence apparaît avérée dans plusieurs hypothèses où la théorie de la levée du voile social voyait des négations de la personnalité morale. La théorie de l'apparence est une technique du droit commun et non le résultat de la relativité de la personnalité morale, qui n'est donc pas remise en cause³²⁶⁶. On peut remarquer à ce propos que la responsabilité d'une société-mère étrangère a été engagée en application du droit français et non de la *lex societatis*, comme cela aurait dû être le cas, si la personnalité morale elle-même était en cause³²⁶⁷.

e) La responsabilité

3266 Voir V. SIMONART, *La Personnalité Morale en Droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant 1995, n° 627 sq.

3267 Req., 10 novembre 1922, affaire Lamborn, S. 1926.1.305, note H. ROUSSEAU ; Civ., 7 janvier 1946, affaire de l'Invulnérable, D. 1946.132 ; S. 1947.1.32 ; JCP. 1947, II, 2999, note A.C. ; Com., 15 novembre 1977, BC., IV, n° 265. Cette question ne doit pas être confondue avec la question de la distinction entre la loi applicable à l'organisation et la loi applicable aux rapports externes : voir ci-dessus, n° 635 sqq.

1049 **La responsabilité limitée dans les groupes.** Il est intéressant de relever le lien qui existe entre la responsabilité limitée et l'apparition du phénomène des groupes de sociétés. Le principe de la responsabilité limitée s'est imposé alors que le phénomène des groupes de sociétés était encore inconnu³²⁶⁸. En France, la licéité des prises de participation par une société a été reconnue à la fin du XIX^e siècle. Encore faut-il remarquer qu'elle a été affirmée dans une affaire qui mettait en cause uniquement des sociétés en nom collectif, c'est-à-dire des sociétés à responsabilité illimitée³²⁶⁹. Il est permis de se demander si le développement des groupes de sociétés n'impose pas une révision des principes en matière de responsabilité limitée, voire l'admission, au moins restreinte, de la théorie de la levée du voile social.

1050 La constitution de groupes de sociétés répond à des besoins pratiques indéniables. Le recours à une pluralité de filiales³²⁷⁰ est devenu une nécessité. Les limites de la croissance interne ont rendu nécessaire le recours à la croissance externe. Par ailleurs, les difficultés d'organisation d'une société de taille excessive ont rendu nécessaire la décentralisation³²⁷¹. La question se pose alors de savoir si le principe de l'autonomie patrimoniale en général et la responsabilité limitée en particulier se justifient encore lorsque une personne morale est actionnaire de contrôle d'une société³²⁷².

1051 La responsabilité limitée présente des avantages certains³²⁷³. Elle garantit la sécurité de l'investissement des

3268 Voir Ph. I. BLUMBERG, *The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York-Oxford 1993, p. 3 sqq., qui retrace l'évolution du droit américain.

3269 Req., 10 décembre 1878, DP. 1879.1.5, note Ch. BEUDANT. Sur la généralisation de la licéité : E. DEMONTES, *Les sociétés de sociétés*, Rev. crit. 1928.37 ; M. GÉGOUT, *Filiales et groupements de sociétés. Etudes de l'intervention d'une société dans la constitution et dans le fonctionnement d'une autre société*, thèse Paris, Sirey 1929, n° 31 sqq.

3270 La filiale est une personne morale distincte de la société-mère mais elle est subordonnée à elle : M. GÉGOUT, *Filiales et groupements de sociétés. Etudes de l'intervention d'une société dans la constitution et dans le fonctionnement d'une autre société*, thèse Paris, Sirey 1929, n° 54 sqq. ; J. BARATTE, *La réglementation des filiales*, thèse Paris, L. Laveyne Imprimeur 1943, n° 9 sqq.

3271 Voir R. CONTIN, H. HOVASSE, *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D. 1971, Chr. 197.

3272 Voir P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. DURAND, Imprimerie Moderne 1950, p. 57 sqq., spéc. p. 61, qui avait déjà remarqué le particularisme de la société contrôlée par une autre société.

3273 Voir F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press 1991, p. 42 sqq. Voir également R. CONTIN, H. HOVASSE, article précité.

actionnaires par le respect de l'objet social et de la consistance du patrimoine de la société ; sauvegarde des entreprises les plus saines préservées des échecs subis par les entreprises les moins performantes³²⁷⁴. Elle permet enfin la diversification des investissements et des risques. On peut douter cependant que la plupart des arguments favorables à la responsabilité limitée en général se retrouve en présence d'un groupe de sociétés, à l'exception de la possibilité de diversifier les risques³²⁷⁵. En effet, la responsabilité limitée a pour fonction essentielle de protéger les investisseurs et non l'entreprise.

1052 Le développement des groupes de sociétés remet en cause la notion d'entreprise. Alors que, pendant longtemps, la forme sociale pouvait être considérée comme une forme de l'entreprise, la constitution de groupes de sociétés a fait éclater l'entreprise en une pluralité de sociétés³²⁷⁶. La théorie de la société-technique d'organisation de l'entreprise trouve ainsi sa limite dans le phénomène des groupes de sociétés. Outre qu'elle confond les notions de personnalité morale et d'organisation, elle néglige le fait que la société n'est plus nécessairement la superstructure de l'entreprise. Elle n'en est parfois qu'un élément. L'entreprise peut être le groupe lui-même³²⁷⁷. On voit alors comment la responsabilité limitée protège non plus un investisseur mais l'entreprise elle-même par la segmentation des responsabilités. Chaque société, qui n'est plus qu'une partie du groupe, ne répond que d'une fraction des dettes de l'entreprise. L'application du principe de responsabilité limitée dépasse alors sa raison d'être. En outre, la situation des victimes de délits civils est moins favorable que celle des créanciers contractuels. Ceux-ci ont pu,

3274 Voir R. CONTIN, H. HOVASSE, article précité.

3275 Voir Ph. I. BLUMBERG, *The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York-Oxford 1993, p. 121 sqq. ; P. DIDIER, note sous Com., 4 mars 1997, RS. 1997.554, qui invoque la théorie du *lifting of the veil*. Voir également A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés. Responsabilité de l'actionnaire dominant. Retrait des actionnaires minoritaires*, Georg Genève 1972, n° 120 sqq. et n° 201 sqq., qui propose une responsabilité de principe du groupe, et non plus de l'actionnaire majoritaire.

3276 Voir A. SUPLOT, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTDCom. 1985.621.

3277 Le droit communautaire illustre clairement cette proposition : CJCE., 24 octobre 1996, Rec. I, p. 5457 ; PA. 29 mai 1998, n° 64, p. 29, note R. BLASSELLE, *L'application de l'article 85 §1 du traité instituant la communauté économique européenne aux groupes d'entreprises* ; CJCE., 14 juillet 1972, affaire des matières colorantes, RTDÉ. 1972.776 ; JDI. 1973.924, obs. B. GOLDMAN. L'arrêt énonçait qu'« en considération de l'unité du groupe ainsi formé, les agissements des filiales peuvent, dans certaines circonstances, être rattachés à la société-mère ».

lorsque la négociation est permise par le rapport de force entre les parties, stipuler des garanties à leur avantage. Cette possibilité est fermée à ceux que l'on peut appeler des créanciers involontaires. A leur égard la responsabilité ne peut donc être appréciée de la même manière que dans un cadre contractuel³²⁷⁸. La personnalité morale ne peut être un moyen d'externaliser les coûts nés de la négligence de la filiale³²⁷⁹. La remise en cause de la responsabilité limitée peut être envisagée alors comme un correctif nécessaire, tant en matière contractuelle qu'en matière délictuelle. Chacun admet l'utilité d'une responsabilité au sein des groupes de sociétés mais l'accord ne se fait pas sur l'étendue de cette responsabilité.

1053 La responsabilité hors procédure collective. La jurisprudence française a plusieurs fois admis la mise en cause de la responsabilité civile délictuelle de la société mère pour des fautes commises à l'occasion de contrats conclus par sa filiale³²⁸⁰. Un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 mai 1970 a manifesté clairement sa préférence pour la technique de la responsabilité³²⁸¹. Il faisait référence à l'abus de droit de la société dominante, ce qui paraissait plus exigeant que le droit commun de la responsabilité. Le recours à la tierce complicité est également envisageable. Cette théorie permet d'engager la responsabilité délictuelle du tiers qui s'est rendu complice de la violation d'une obligation contractuelle³²⁸². La référence à l'abus de majorité ne semble pas devoir être retenue. Cette condition ne figure pas dans les arrêts les plus récents rendus en la matière. La Cour d'appel de Versailles a jugé que la violation d'une obligation

3278 Voir Ph. I. BLUMBERG, *The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York-Oxford 1993, p. 133 sqq. La rigueur se justifie également en matière contractuelle afin de ne pas permettre à une partie de renégocier son contrat par la voie de la responsabilité civile. La situation de la partie liée par un contrat d'adhésion dont elle n'a pas dicté les termes pourrait être alignée sur celle de la victime d'un délit ou quasi délit civil.

3279 Voir Ph. I. BLUMBERG, op. cit., p. 136.

3280 La faute du maître de l'affaire est une faute de contrôle : M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 65 ; A. LANGLOIS-COLSON, *La responsabilité de la société-mère à l'égard des tiers*, thèse dactyl., Paris I 2001, n° 67 sqq. Voir Com., 29 mai 1979, BC., IV, n° 164, qui retient qu'il y a abus de majorité à décider la reprise du passif d'une filiale : le demandeur invoquait notamment le risque de confusion de patrimoines. Voir également D. VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, thèse Rennes, éd. Techniques 1947, n° 140 sqq.

3281 Com., 25 mai 1970, BC., IV, n° 171. Voir également M. GERMAIN, thèse précitée, n° 345 sqq.

3282 Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz 1999, n° 469.

contractuelle par une société sur ordre de sa société-mère justifie la condamnation de la société-mère³²⁸³. En l'espèce, la responsabilité de la société-mère était recherchée car il lui était reproché d'avoir imposé à sa filiale l'inexécution d'une promesse de contrat. Il est seulement relevé que la décision de rompre le marché, décision constitutive d'une faute, avait été prise dans l'intérêt de la société mère.

1054 La responsabilité de la société-mère peut être retenue également sur le fondement de la responsabilité civile lorsque, par son intervention, elle a incité un tiers à conclure un contrat malheureux avec la société³²⁸⁴. La responsabilité pour faute d'une société-mère peut être retenue dans l'exécution d'un contrat conclu par sa filiale³²⁸⁵. Rien n'interdit, inversement, que la responsabilité délictuelle de la filiale, soit engagée en cas de violation du contrat conclu par la société-mère³²⁸⁶. Un célèbre arrêt de la Cour d'appel d'Aix peut également être cité³²⁸⁷. Une société avait pris l'initiative de la création d'une autre société, sans prendre de participation en capital. La nouvelle entité était cependant dotée d'un capital insuffisant pour faire face à son activité. Une dette de 20 000 francs a suffi à la mettre en difficulté. La responsabilité de la société initiatrice a été retenue aux motifs qu'elle a commis des fautes en contribuant à la création d'une apparence trompeuse et en participant à la mauvaise gestion de la société. Elle a, en outre, commis une faute en rompant brutalement le crédit dont elle faisait profiter la société.

1055 En faveur du respect de l'autonomie de la personnalité morale, il faut relever que la responsabilité de la société-mère a toujours été engagée, dans ces arrêts, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. C'est donc la responsabilité civile délictuelle qui est utilisée et non la responsabilité contractuelle, ce qui devrait être le cas si la personnalité morale était réellement niée³²⁸⁸.

3283 Versailles, 27 octobre 1988, JCP. E 1989, 15423, n° 18, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

3284 Com., 17 décembre 1974, BC., IV, n° 327 ; JCP. 1975, II, 18057, note A. LUCAS ; Com., 1^{er} mars 1994, RJDA. 6/94, n° 665 (publicité trompeuse).

3285 Com., 5 février 1991, D. 1992.27, note Y. CHARTIER. Le simple changement de contrôle ne suffit pas : Com., 24 mai 1982, RS. 1983.361, note J. BÉGUIN.

3286 Voir M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 335.

3287 Aix, 18 juin 1975, RJC. 1976.95, note J. CALAIS-AULOY. Voir M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, RS. 1981.697.

3288 Voir M. GERMAIN, thèse précitée, n° 346 ; A. LANGLOIS-COLSON, *La responsabilité de la société-mère à l'égard des tiers*, thèse dactyl., Paris I 2001, n° 67 sqq.

1056 La situation née d'un délit peut également être réglée par application du droit commun de la responsabilité³²⁸⁹. Aucun problème spécifique ne se pose lorsque l'associé et/ou le dirigeant a participé directement au délit de la personne morale : leur responsabilité personnelle ne fait aucun doute³²⁹⁰. En l'absence de participation au délit, l'appréciation de la faute pourrait être adaptée à la diversité des situations concrètes. Par exemple, certaines matières nécessiteront une appréciation plus stricte de la faute, comme le droit de l'environnement. Le droit de l'environnement a été l'occasion d'appliquer la théorie de la levée du voile social aux Etats-Unis³²⁹¹. En France, chacun connaît la difficulté de mettre en œuvre la responsabilité en cas d'atteinte à l'environnement, tant au plan procédural qu'au regard des règles applicables³²⁹².

1057 Selon certains auteurs, les juges américains ont paru, dans l'affaire de l'Amoco Cadiz³²⁹³, se rapprocher de la théorie de la société fictive³²⁹⁴. L'affaire de l'Amoco Cadiz aurait inspiré les tribunaux français dans leur admission de la théorie de l'émanation³²⁹⁵. Cependant, la condamnation de la société-mère semble fondée davantage sur la faute et non sur l'apparence ou la fictivité. Les décisions constatent expressément la faute de la société-mère, qui a

3289 M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 341 sqq.

3290 La loi elle-même prévoit la responsabilité des dirigeants. Voir en matière fiscale : article L. 267 LPF ; J.-P. LE GALL, G. BLANLUET, *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, RS. 1992.669. Voir également N. DION, *Personnalité morale des sociétés. Effets, J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 28-15, n° 39, qui voit dans la responsabilité fiscale des dirigeants, un cas de levée du voile social.

3291 Voir A. R. PINTO, D. M. BRANSON, *Understanding Corporate Law*, Matthew Bender 1999, § 3.06 ; Ph. I. BLUMBERG, *The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York-Oxford 1993, p. 136.

3292 Voir G. VINEY, *Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français*, JCP. 1996, I, 3900.

3293 CA. 7th Circuit, Amoco Cadiz [1992]. Voir également la décision de 1984, Espaces et ressources maritimes 1986.183, note P. BONASSIES. Voir également P. BONASSIES, *La décision « Amoco-Cadiz »*, DMF. 1984.688 ; E. DU PONTAVICE, *L'apport du procès de l'Amoco-Cadiz*, in *Droit de l'environnement marin développements récents*, Economica 1988, p. 273, ; L. J. SNYDER, *Amoco Cadiz et la Cour d'appel du Seventh Circuit de Chicago : l'appréciation des dommages-français à l'américaine*, mémoire de DEA droit privé 1995-1996 Paris I, n° 1 (la décision de 1992 est reproduite en Annexe 1). Sur la levée du voile social aux Etats-Unis dans l'affaire de l'Amoco-Cadiz et dans celle du naufrage du Torrey-Canion : I. CORBIER, *La notion d'armateur*, préf. M. RÉMOND-GOUILLOUD, collection Les grandes thèses du droit français, PUF. 1999, p. 154 sqq.

3294 Voir Chr. HUGLO, *20 ans après l'échouement de l'Amoco-Cadiz ou les trésors juridiques de l'épave*, GP. 1998.1, doct. 754.

3295 Voir M. RÉMOND-GOUILLOUD, *L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité*, DMF. 1992.451.

omis de mettre l'Amoco-Cadiz en état de navigabilité et a fait preuve de négligence en exploitant le navire dépourvu d'un système de gouverne de rechange. L'intégration des sociétés est également relevée.

1058 Les fautes délictuelles ou quasi délictuelles imputables à une personne morale qui en contrôle une autre sont variées. La sous-capitalisation fautive permet également de reporter sur le fondateur négligent une partie de la charge de la dette de réparation³²⁹⁶. L'appréciation de la sous-capitalisation doit prendre en compte la nature de l'activité exercée. Certaines activités présentent des risques environnementaux considérables qui supposent un capital important, non seulement pour être menées à bien, mais également afin d'offrir une garantie suffisante aux tiers³²⁹⁷. Le développement du principe de précaution peut également donner un nouveau fondement à la responsabilité pour faute en matière environnementale au sens large³²⁹⁸. La personne morale qui en contrôle une autre serait en faute dès lors qu'elle impose le développement d'une activité sans égard pour le principe de précaution. L'immixtion dans la gestion de la personne morale par la personne qui la contrôle est également une source de responsabilité, comme cela est apparu déjà en matière contractuelle. La gravité de la faute pourrait exceptionnellement être prise en compte si l'on souhaite limiter la responsabilité de la mère aux cas les plus importants³²⁹⁹. Il faut reconnaître cependant que la jurisprudence n'est guère fournie quant à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle à l'encontre de la société-mère. Plusieurs événements récents incitent cependant à émettre l'hypothèse que le contentieux pourraient s'orienter désormais sur ce terrain. Il suffit de songer au naufrage de l'Erika en 1999 ou à l'explosion de l'usine AZF en 2001. Cette dernière était la propriété de la société Grande Paroisse, filiale à 80% de Total-Elf-Fina. La responsabilité de la société-mère sera vraisemblablement engagée alors qu'en 1978, cela

3296 Voir F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press 1991, p. 59 ; OCDE, *Responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales*, OCDE 1980, n° 14.

3297 Voir P. LE GOFF, *Faut-il supprimer les sociétés à responsabilité limitée ? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés*, RIDC. 1999.593.

3298 En ce sens : G. J. MARTIN, *La mise en œuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute*, JCP. CDE 1/1999, p. 3.

3299 Comparer avec la limitation de responsabilité en droit maritime : article 58 de la loi du 3 janvier 1967, qui permet à l'armateur de limiter sa responsabilité mais écarte cette possibilité en cas de faute lourde.

paraissait tellement inimaginable, que les demandeurs avaient préféré plaider aux Etats-Unis, dans l'affaire de l'Amoco-Cadiz³³⁰⁰.

1059 Le droit positif semble exiger la preuve d'une faute de la personne morale qui en contrôle une autre. La proposition vaut tant en matière de responsabilité contractuelle qu'en matière de responsabilité délictuelle. La jurisprudence récente ne semble pas en voie d'instaurer une responsabilité objective au sein des groupes de sociétés³³⁰¹. La responsabilité du fait personnel présente, il est vrai, plusieurs avantages. Elle reste une responsabilité pour faute, ce qui limite les extensions de responsabilité aux cas les plus importants. Elle permet par ailleurs la condamnation de la société mère en l'absence de faute de la filiale. Cependant, il est possible d'envisager dans certains cas l'extension de la responsabilité en l'absence de toute faute prouvée de la société-mère.

1060 La responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'idée de préposition pourrait être retenue lorsque le délit est accompli dans l'exercice d'activités au service de la société-mère³³⁰². La définition contemporaine du lien de préposition, au sens de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, a été étendue par la jurisprudence en l'absence d'un principe de responsabilité du fait d'autrui³³⁰³. Il recouvre aujourd'hui toute situation dans laquelle une personne exerce un pouvoir sur une autre. Le critère de la subordination juridique, qui conduisait à réduire pratiquement la catégorie des préposés aux seuls salariés ne reflète plus guère le droit positif. La situation de la personne morale sous contrôle peut dès lors entrer dans la catégorie des préposés, alors même que l'on n'admettrait pas la possibilité pour une personne morale d'être salariée³³⁰⁴.

3300 Dès lors que l'explosion n'est pas due à un cas de force majeure, auquel est assimilé le fait d'un tiers. La responsabilité de la société mère pourrait prendre la forme d'un soutien à la filiale au moyen d'une augmentation de capital, outre une éventuelle responsabilité civile judiciairement constatée. Voir Les Echos, 15 octobre 2001, p. 15.

3301 Comparer avec le débat relatif à l'admission d'une responsabilité sans faute en Allemagne : J.-G. RECQ, A. SCHRÖDER, *La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (Arrêt du Bundesgerichtshof du 23 sept. 1991)*, RS. 1992 ; J.-G. RECQ, A. SCHRÖDER, *La responsabilité de l'associé unique ou majoritaire en Allemagne*, RS. 1994.43.

3302 M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 344.

3303 Voir *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} éd., par G. VINEY, P. JOURDAIN, LGDJ 1998, n° 792 sqq. ; A. LANGLOIS-COLSON, *La responsabilité de la société-mère à l'égard des tiers*, thèse dactyl., Paris I 2001, n° 74.

3304 Voir ci-dessus, n° 746.

1061 A défaut d'un lien de préposition, on peut envisager la responsabilité du fait d'autrui³³⁰⁵. Depuis l'arrêt Blieck, le mouvement jurisprudentiel s'oriente vers l'admission d'un principe de responsabilité du fait d'autrui³³⁰⁶, qui devrait provoquer une redéfinition de la notion de préposition. A supposer ce principe reconnu, il pourrait recevoir application au sein des groupes. L'article 1384 alinéa 1^{er} permettrait alors d'engager la responsabilité de la société-mère du fait de sa filiale.

1062 Ces voies restent cependant limitées. En effet, seules les situations d'intégration complète permettraient de caractériser un véritable lien de préposition. Il conviendra donc de ne pas engager à la légère la responsabilité du contrôlaire, mais de vérifier que sa participation dans le capital lui permet réellement de donner des ordres à la personne morale. Certains liens de nature contractuelle et non plus capitalistique devraient également être pris en considération. Un dernier obstacle pourrait s'opposer à la réception de la responsabilité du fait d'autrui, que ce soit sur le fondement de l'alinéa 5 ou de l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 du Code civil : il s'agit de la jurisprudence de la faute séparable. La jurisprudence récente ne retient la responsabilité personnelle des dirigeants que lorsque le demandeur a établi que le dirigeant en cause a commis une faute « séparable de ses fonctions de gérant [qui] lui soit imputable personnellement »³³⁰⁷. Deux incertitudes cependant pourraient être exploitées de manière favorable à l'admission de la responsabilité du fait d'autrui. D'une part, la notion de faute séparable est-elle applicable à la faute de l'associé contrôlaire ? Cela reste discutable dans la mesure où la jurisprudence a uniquement tranché la question de la responsabilité des dirigeants et non celle des associés. D'autre

3305 Voir C. MAURO, *La responsabilité pénale des personnes morales dans l'espace international*, thèse dactyl., Paris II 1999, n° 406 sqq.

3306 AP., 29 mars 1991, JCP. 1991, II, 21673, conclusions D.-H. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; D. 1991.324, note Chr. LARROUMET. Voir également G. VINEY, *Vers un élargissement de la catégorie des « personnes dont on doit répondre » : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil*, D. 1991, Chr. 157 ; *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} éd., par G. VINEY, P. JOURDAIN, LGDJ 1998, n° 789-8 sqq.

3307 Com., 27 janvier 1998, D. 1998, Somm. 392, obs. J.-C. HALLOUIN ; B. Joly 1998.535, note P. LE CANNU ; Dr. Soc. 1998, Comm. 46, note D. VIDAL ; Com., 28 avril 1998, JCP. E 1998, p. 1258, note Y. GUYON ; JCP. 1998, II, 10177, note D. OHL ; D. Affaire 1998.1008, note A. L. ; RTDCom. 1998.623, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; B. Joly 1998, § 263, note P. LE CANNU ; JCP. 1999, I, 147, n° 18, obs. G. VINEY. Dans le même sens en matière d'association : Civ. II, 19 février 1997, RS. 1997.816. Voir également Soc., 3 avril 1990, RJS. 5/90, n° 354, qui contient une formule générale.

part, cette jurisprudence est-elle applicable à la responsabilité du fait d'autrui ? Ici encore l'adoption de la théorie de la faute séparable ne paraît guère justifiée, car il n'y a pas à proprement parler de faute du dirigeant ou de l'associé. La responsabilité du fait d'autrui, quel que soit son fondement, est une responsabilité de plein droit. Ces deux incertitudes devraient par conséquent permettre de reconnaître une place à la responsabilité des associés et dirigeants du fait des personnes morales qu'ils contrôlent, même en l'absence de faute séparable.

1063 En aucun cas, ces solutions ne remettent en cause la personnalité morale. Elles consistent en de simples applications du droit de la responsabilité. On ne peut constater aucune négation de la personnalité morale car la question résolue est uniquement une question de droit commun de la responsabilité et non de droit de la personnalité morale³³⁰⁸.

1064 La responsabilité dans les procédures collectives. Parmi les sept cas d'extension de la procédure prévus par l'article L. 624-5 du Code de commerce, les quatre premiers cas d'ouverture sont des quasi-confusions de patrimoine³³⁰⁹. Les trois derniers sanctionnent des manquements graves aux règles comptables et le détournement de biens sociaux. L'idée de sanction est manifeste dans cette disposition. Elle se rattache donc sans difficulté à la responsabilité civile. On ne peut nier, en outre, que cette disposition présente par certains aspects les caractères d'une véritable peine privée.

1065 Quant à la nature de l'action en comblement de passif, elle a été discutée. Si la procédure n'est pas celle du droit commun, l'action en comblement de passif reste une action en responsabilité³³¹⁰. Elle présente cependant la particularité d'avoir davantage pour finalité la sanction des fautes de gestion que la réparation du préjudice subi par les créanciers³³¹¹. Il est interdit par conséquent de cumuler action

3308 Voir M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 341 sqq. ; H. SYNVEY, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, thèse dactyl., Rennes I 1979, n° 16 sq. ; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, *The Yale Law Journal* 1991.1879.

3309 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 4, *L'entreprise en difficulté*, 2^{ème} éd., PUF. 1999, p. 293 sq.

3310 Voir J.-P. SORTAIS, *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, *RJC*. 1977.85 et 1977.121 ; J.-J. DAIGRE, *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire*, *RS*. 1988.199.

en comblement et action en responsabilité, d'une part³³¹², et action en comblement et extension de procédure d'autre part³³¹³. Cependant, l'extension n'est pas considérée d'ordinaire comme une forme de responsabilité³³¹⁴. Selon Monsieur Paul Didier, les techniques du droit commun ne sont que « des moyens subsidiaires si on les compare à l'arme que la jurisprudence tire de la confusion des patrimoines »³³¹⁵.

1066 La confusion de patrimoines relève-t-elle du droit de la responsabilité civile ? La responsabilité a parfois été envisagée afin de fonder l'extension de la faillite³³¹⁶. Ce ne peut être cependant le fondement exclusif, car la fictivité et la théorie de l'apparence fournissent également des résultats satisfaisants. Quelle faute retenir afin d'étendre la procédure ? Si l'on écarte les hypothèses de fictivité et de confusion apparente des patrimoines, seules résistent les extensions fondées sur l'immixtion du maître de l'affaire. Il existe en effet des hypothèses dans lesquelles la confusion de patrimoines sera retenue alors que la personne morale est bien réelle et que la confusion n'a pas été extériorisée. Ces situations que l'on peut réunir sous la notion d'immixtion révèlent une faute de la personne à laquelle on prétend étendre la procédure. L'intervention dans la gestion qui provoque une imbrication inextricable des biens de plusieurs personnes révèle une faute de nature à engager la responsabilité de l'auteur de l'immixtion.

1067 En définitive, il est permis de soutenir que le recours à la notion de groupe de sociétés serait inutile ou inadéquat³³¹⁷. Le groupe existe en fait et uniquement en fait³³¹⁸. En l'absence de tout critère fiable de levée du voile social et en raison des conséquences

3311 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 4, *L'entreprise en difficulté*, 2^{ème} éd., PUF. 1999, p. 290 sq. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd. par Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, LGDJ 2000, n° 3283.

3312 Com., 28 février 1995, RJDA. 7/95, n° 904 ; M. Ch. PINIOT, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non cumul des actions de droit commun et du droit des procédures collectives*, RJDA. 1995.639.

3313 Com., 17 novembre 1992, RS. 1993.445, note Y. CHAPUT. Voir également Com., 3 février 1998, B. Joly 1998, § 124, note J.-J. DAIGRE (les condamnations ne peuvent dépasser le montant de l'insuffisance d'actif).

3314 Voir G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd. par Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, LGDJ 2000, n° 3296.

3315 Voir P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 4, *L'entreprise en difficulté*, 2^{ème} éd., PUF. 1999, p. 295.

3316 Voir R. LEGEAIS, *L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés*, RTDCom. 1957.289, n° 7 sqq. Sur l'immixtion, faute de la société-mère : C. MAURO, *La responsabilité pénale des personnes morales dans l'espace international*, thèse dactyl., Paris II 1999, n° 320.

3317 B. OPPETIT, A. SAYAG, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, RS. 1973.577.

qu'entraîne cette doctrine au regard de la théorie de la personnalité morale, le recours au droit commun reste la référence privilégiée du droit positif. La constitution d'un droit des groupes de sociétés ne peut être réalisée par la remise en cause systématique de la personnalité morale et de l'autonomie des filiales³³¹⁹. La formulation de règles spécifiques peut cependant présenter un intérêt si elle s'inspire des principes du droit commun dégagés par le droit positif contemporain.

1068 Le respect de la personnalité morale en présence d'une procédure collective. L'opinion qui conduit à nier la personnalité morale au motif que le patrimoine de la société et celui de ses dirigeants et /ou membres ne sont plus distingués est née d'une confusion entre la personne et le patrimoine³³²⁰. En réalité, la personnalité des institutions dont les patrimoines sont confondus n'est pas remise en cause³³²¹. La Cour d'appel de Paris a jugé en ce sens que la confusion des patrimoines n'emporte pas confusion des personnes³³²². La Cour de cassation semble adopter une position analogue. Elle a approuvé une Cour d'appel d'avoir jugé que la garantie accordée par la caution, qui ne portait que sur les dettes propres d'une société mise en redressement judiciaire, ne pouvait être étendue à ses filiales. Peu importe que les sociétés aient fait l'objet d'une procédure collective commune³³²³. Un arrêt avait admis cependant, peu avant, la compensation pour dettes connexes entre les créances et dettes de deux sociétés dont les patrimoines étaient

3318 Voir G. COUSIN, *Etude juridique du groupe industriel constitué par une société-mère et ses filiales*, thèse Nancy 1950, n° 63.

3319 En ce sens : B. OPPETIT, *Groupe de sociétés et droit du travail*, RS. 1973.69 ; B. OPPETIT, article précité.

3320 Voir J. PERCEROU note sous Req., 29 juin 1908, D. 1910.1.233.

3321 Voir J.-F. BARBIÉRI, *Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien 1998, p. 45. En sens contraire : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire. Unité ou dualisme ?*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 453.

3322 Voir Paris, 18 mars 1997 et Amiens, 14 décembre 1995, Dr. Soc. 1997, Comm. 179, note Y. CHAPUT. La Cour d'appel d'Amiens a décidé, au contraire, en matière fiscale, qu'il n'y avait qu'un seul débiteur et donc un seul droit fixe à percevoir. Dans le même sens que la Cour d'appel de Paris : Toulouse, 5 juillet 1995, Dr. Soc. 1996, Comm. 165, note Y. CHAPUT.

3323 Com., 25 novembre 1997, D. Aff. 1998.73, note J.F. ; Com., 26 mai 1999, B. Joly 1999, § 227, note B. SAINTOURENS. Selon Monsieur Saintourens cependant la Cour de cassation n'a pas pris partie sur le maintien ou non de la personnalité morale.

confondus³³²⁴, mais la jurisprudence récente paraît marquer sa préférence pour le maintien de la personnalité morale.

1069 En réalité, il existe plusieurs causes d'extension de la procédure, plusieurs formes de confusions de patrimoines. La fictivité est une de ces causes, mais elle n'est pas la seule. La faute, et l'apparence fondent également, selon les circonstances, l'extension de la procédure aux dirigeants et/ou aux associés. La société n'est pas nécessairement fictive en cas de confusion de patrimoine³³²⁵. Si l'unicité de procédure entraîne en principe l'unicité de solution³³²⁶, cela n'est pas nécessairement le cas. En réalité, cela dépend du fondement de la confusion de patrimoine. Lorsque la confusion est fondée sur la fictivité de la personne morale, celle-ci disparaît évidemment. Cela est exclu en revanche lorsqu'elle est fondée sur l'apparence ou sur la responsabilité³³²⁷. La doctrine allemande distingue, de la même manière, deux types de confusions : la confusion des patrimoines, fondée sur l'adage *venire contra factum proprium potest*, et la confusions des sphères d'activité, fondée sur l'apparence³³²⁸.

1070 En toute hypothèse, la confusion des patrimoines n'emporte aucune levée du voile de la personnalité morale³³²⁹. Elle est uniquement le résultat de la mise en œuvre de techniques tirées du droit commun des obligations.

1071 **Conclusion : le choix du fondement.** L'ensemble des décisions citées n'illustre pas toujours une grande rigueur dans le choix du fondement et de la terminologie. La fictivité a parfois été écartée car le créancier connaissait la singularité de chacune des

3324 Com., 9 mai 1995, BC., IV, n° 130 ; JCP. 1995, II, 22448, rapport J.-P. RÉMERY ; D. 1996. 322, note G. LOISEAU.

3325 Voir Fl. GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?*, RTDCom. 1979.49, n° 9 sqq.

3326 Com., 17 février 1998, D. Aff. 1998.426, note A.L ; PA. 12 juin 1998, n° 70, p. 22, note B. SOINNE.

3327 Voir F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, 3^{ème} éd., avec la collaboration de A. HONORAT, Dalloz 1991, n° 585 ; J.-F. BARBIÉRI, article précité.

3328 Voir M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, RS. 1981.697. Sur le principe *venire contra factum proprium non potest* : F. RANIERI, *Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemands et suisse et sa diffusion en Europe*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, collection Etudes juridiques, Economica 2001, p. 25.

3329 En ce sens : J.-P. LEGROS, note sous Civ. I, 20 mars 2001, Dr. Soc. 2001, Comm. 112 (la confusion des patrimoines n'emporte pas création d'une indivision).

sociétés dont il ne pouvait soutenir la confusion³³³⁰. La connaissance du caractère fictif ne devrait cependant avoir aucun effet sur le succès de la demande, car la fictivité ne dépend pas des tiers. Il s'agissait davantage d'une question d'apparence³³³¹. La simulation est parfois un fondement surprenant dans la mesure où les juges relèvent souvent des manifestations extérieures pour retenir la fictivité d'une personne morale³³³². Certains de ces éléments seraient aussi bien de nature à établir l'apparence trompeuse. A l'avenir, il sera possible également d'invoquer le principe de non-contradiction comme cela se voit déjà en Allemagne afin de fonder la jurisprudence relative à la confusion des patrimoines³³³³. Ce ne serait là qu'une nouvelle technique du droit commun appliqué en matière de personnalité morale mais sans aucune remise en cause de cette dernière. La diversité des fondements peut être, parfois, source de difficultés mais elle rend compte de la variété des situations de fait.

1072 De manière générale, l'ensemble des phénomènes étudiés fait apparaître un déplacement du point d'imputation d'une règle de droit. Il peut s'agir d'une règle de responsabilité des dettes, au sens large, d'une règle de responsabilité civile, ou encore d'une règle de fond ordinaire : quelle est la personne tenue de l'obligation de non-concurrence ? En toute hypothèse, il faut pour que la personne morale soit effectivement considérée comme le point d'imputation de la norme, qu'elle porte un intérêt réellement distinct³³³⁴. Celui qui impose la poursuite de son intérêt à une société, dotée en principe d'un intérêt personnel, engage sa responsabilité. La fraude et la simulation sont ainsi des hypothèses d'unité d'intérêt entre l'auteur de la fraude ou de la simulation et la société qu'il a créé. L'apparence est une situation particulière dans laquelle l'unité d'intérêt apparaît de manière flagrante. Faut-il inviter la jurisprudence à aller plus loin et à

3330 Com., 6 mai 1990, B. July 1991, § 251.

3331 Soc., 21 mars 1978, BC., V, n° 224, qui relève qu'un salarié ne pouvait savoir qui était son véritable employeur, ce qui évoque la théorie de l'apparence, tout en faisant référence à la représentation et, in fine, à l'idée de fraude ; Com., 7 mars 1972, RS. 1973.339, note J.-P. SORTAIS, une société constituée manifestement dans un but frauduleux est jugée fictive afin d'étendre la procédure collective.

3332 M. GERMAIN, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974, n° 24.

3333 Voir M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, RS. 1981.697. Voir également D. SCHMIDT, *Les responsabilités civiles dans les groupes de sociétés*, in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilité*, avant-propos Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Colloque du LERADP Lille II et EDHEC, LGDJ 1994, p. 73 : « l'atteinte au patrimoine, exclut l'invocation de l'autonomie patrimoniale ».

3334 En ce sens : P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Imprimerie Moderne 1950, p. 67 sq. et p. 191 sqq.

admettre les prétentions de ceux qui se fondent sur la communauté d'intérêt pour tenter d'obtenir la condamnation d'une société-mère ou de toute autre personne morale étroitement liée ? Il ne paraît pas souhaitable d'aller plus loin, on sait, en effet, que la simple communauté d'intérêt ne suffit pas à atteindre cet objectif³³³⁵. En réalité, il ne faut pas confondre identité d'intérêt et communauté d'intérêt. La communauté d'intérêt n'implique qu'une convergence d'intérêt et non une véritable identité. Les conditions posées par la jurisprudence sont les révélateurs de cette identité et doivent être conservées afin de maintenir la relative sécurité juridique de la matière.

1073 Conclusion de la section II. La théorie de la levée du voile social n'apparaît guère convaincante. Ni le droit international, ni le droit interne n'impose de remettre en cause la personnalité morale. En droit international, la détermination de la nationalité des personnes morales implique parfois la prise en compte du contrôle dans une certaine mesure. Mais en aucun cas, il ne s'agit d'un critère exclusif qui nécessiterait une négation de la personnalité morale. En droit interne, les phénomènes de levée du voile social s'expliquent en réalité par l'utilisation de techniques du droit commun des obligations qui n'atteignent pas la personnalité morale. L'incertaine théorie de la levée du voile social et sa variante française de l'abus de la personnalité morale ne correspondent guère au droit positif. La théorie de la transparence de Monsieur Hannoun ne réussit pas davantage à affirmer sa spécificité par rapport au mécanisme du droit commun. En définitive, le principe de séparation n'est pas remis en cause en droit positif³³³⁶.

1074 Conclusion du chapitre II. La transparence accidentelle apparaît en définitive dotée d'un domaine très étroit. En outre, elle n'est jamais une remise en cause de la personnalité morale. La cession de contrôle a une influence sur l'organisation, mais n'implique aucune négation de la personnalité morale. La spécificité de la cession de contrôle apparaît davantage comme un effet de la personnalité morale, dans la mesure où cette dernière a pour fonction de rendre opposable à tous l'organisation. Toute convention qui a un effet organisationnel tend à revêtir une certaine spécificité.

3335 Com., 21 janvier 1997, RJDA. 6/97, n° 782 ; DMF. 1997.612, note A. VIALARD.

3336 Voir G. FARJAT, *Droit économique*, 2^{ème} éd., PUF. 1982, p. 211, qui regrette cependant ce bilan, que la jurisprudence postérieure n'a fait que confirmer.

1075 La théorie de l'abus, comme celle de la levée du voile social, sont apparues ensuite comme inférieures aux mécanismes du droit commun pour expliquer les diverses situations dans lesquelles la responsabilité limitée est écartée ou dans lesquelles le point d'imputation d'une règle de droit est modifié. Ces phénomènes ne manifestent en définitive aucune transparence de la personnalité morale mais seulement l'application du droit commun des obligations. La constance du concept de personnalité morale n'est donc à aucun moment remise en cause en droit positif français. La situation des groupes de sociétés qui paraissait incompatible avec le principe de séparation ne présente guère de spécificité de ce point de vue. Il ne faut pas déduire de la dépendance économique de la filiale, qu'elle est une société de second ordre, une personne diminuée : « la personnalité morale des sociétés est une et indivisible, elle est ou n'est pas »³³³⁷.

1076 **Conclusion du titre II.** Le principe de séparation doit être bien compris. Il n'implique aucun cloisonnement étanche entre la personne morale et ses membres. Aucun des phénomènes de transparence étudié n'a pu remettre en cause la personnalité morale. En effet, la personnalité morale implique, par essence, une forme de transparence que l'on a qualifiée de naturelle. La responsabilité illimitée des membres des groupements personnifiés relève de cette catégorie. La transparence est alors inhérente à la personnalité morale elle-même dans la mesure où elle assure l'opposabilité d'une organisation constituée dans un intérêt immanent. La prétendue transparence accidentelle, quant à elle, ne remet pas en cause la personnalité morale car elle relève en réalité, parfois de la transparence naturelle alors que d'autre fois elle s'explique bien davantage par des mécanismes du droit commun des obligations dont l'apparence et la responsabilité. La personnalité morale apparaît non seulement comme un concept constant mais également comme un concept non relatif.

1077 **Conclusion de la deuxième partie.** La personne morale est à l'image de l'intérêt qui se trouve à son fondement : elle est distincte des individus qui lui ont donné naissance et/ou qui la font vivre, membres et/ou fondateurs, mais elle ne s'en sépare pas de manière stricte. Ainsi, à côté d'un principe de séparation a-t-on pu faire apparaître un principe de transparence. La personne morale est

3337 P.-A. MOREAU, *La filiale en droit international privé et la notion de contrôle*, thèse dactyl., Paris 1948, p. 20.

distincte des individus et dispose de ce fait d'une capacité et de droits propres. La capacité ou les règles d'organisation, que la personnalité morale a pour fonction de rendre opposable à tous peuvent varier. En revanche, la personnalité morale elle-même ne varie pas : elle est un concept constant. La reconnaissance de phénomènes de transparence ne remet pas en cause la personne morale, contrairement à ce qui est couramment admis. Certains phénomènes sont en réalité inhérents à la personnalité morale : ainsi en est-il de l'action *ut singuli*. D'autres, ne sont que de simples applications du droit commun des obligations qui ne manifestent aucune relativité du concept. Aucun des deux dangers qui menaçaient la théorie de la personnalité morale ne semble réel en définitive : la personnalité morale n'est ni variable, ni relative.

Conclusion générale Conclusion générale : propositions de thèse

1215. Il est temps de dresser le bilan de notre recherche qui touche maintenant à son terme. La question était de savoir s'il est possible d'élaborer une théorie juridique cohérente de la personnalité morale. La réponse apparaît désormais clairement positive. Il est utile pour s'en assurer de rappeler comment ce résultat a été atteint et quelles sont les principales conclusions que l'on peut en tirer.

1216. L'étude de la notion d'intérêt est apparue comme un préalable indispensable à toute théorie de la personnalité morale. En effet, elle est la notion clé des grandes controverses doctrinales ; celle dont on a eu très tôt l'intuition qu'elle était un élément essentiel de la personnalité morale. Ce sentiment a été confirmé par une étude détaillée de la notion d'intérêt telle qu'elle apparaît dans le droit positif de la personnalité morale. Celle-ci a fait ressortir que, contrairement aux conclusions doctrinales les plus répandues, l'intérêt de la personne morale n'est pas un intérêt totalement séparé des intérêts des membres éventuels et des intérêts des fondateurs : autrement dit, il n'est pas un intérêt transcendant. Il ne faut pas en déduire qu'il n'existe aucun intérêt distinct dans la personnalité morale. Il convient uniquement d'en réviser la définition afin de faire apparaître sa véritable nature : celle d'un intérêt qui, bien que distinct, n'est pas d'une autre nature que celle des membres et/ou des fondateurs. Autrement dit, l'intérêt de la personne morale est un intérêt immanent³³³⁸. Plus précisément, il est apparu comme l'intérêt type des membres et/ou des fondateurs, sélectionné au moyen d'un acte particulier, dit acte d'organisation ou contrat-organisation.

1217. Dans un second temps, il a été possible de tirer les conséquences théoriques et pratiques de la conception de l'intérêt qui s'est imposée à nous. Une théorie de la personnalité morale construite à partir de l'observation du droit positif devait rendre compte de deux phénomènes qui apparaissent comme des conséquences de la définition de l'intérêt. La distinction des intérêts conduit à l'affirmation d'un principe de séparation de la personne morale et des individus. La personne morale dispose ainsi d'un patrimoine et d'attributs propres. La redécouverte du lien qui existe entre l'intérêt de la personne morale et celui des membres conduit, quant à elle, à ne

3338 n° 455 sqq.

pas négliger l'existence de phénomènes de transparence et à les expliquer.

1218. Nous avons pu, ainsi, fournir une définition moderne de la personnalité morale telle qu'elle apparaît après une étude du droit positif. Outre l'existence d'un intérêt propre, il est apparu indispensable qu'existe une organisation pour le mettre en œuvre ; organisation que la personnalité morale a pour fonction de rendre opposable aux tiers³³³⁹. La personnalité morale peut être définie comme **un concept utilisé par le droit positif pour désigner la technique par laquelle le droit assure l'opposabilité d'un intérêt organisé**. Cette définition que nous proposons a fait apparaître par ailleurs que la théorie de la variabilité comme celles de la relativité ou de la levée du voile de la personnalité morale ne sont pas satisfaisantes. Aucune de ces théories n'est assez convaincante, en définitive, pour remettre en cause la personnalité morale et la cohérence de sa théorie.

1219. La personnalité morale est un concept constant : elle n'est pas variable. Seuls varient les éléments de l'organisation³³⁴⁰ que la personnalité morale a pour fonction de rendre opposable ou la capacité. Les théories de la variabilité commettaient, en réalité, une confusion entre personnalité morale et organisation ou entre personnalité et capacité.

1220. Quant aux phénomènes de transparence, ils ne présentent pas d'unité. Les uns ne remettent pas en cause la personnalité morale car ils sont en réalité des conséquences inhérentes à celle-ci. Ils sont souvent le résultat d'une prise en compte de l'organisation que la personnalité morale a pour fonction de rendre opposable (par exemple, les règles d'organisation relatives à la responsabilité limitée ou illimitée). Les autres ne remettent pas davantage en cause la personnalité morale car ils ne sont pas le résultat d'une levée du voile social mais uniquement l'application de règles du droit commun des obligations : interprétation de volonté, apparence, simulation, fraude ou responsabilité. Ces mécanismes permettent notamment de poursuivre une société-mère pour des dettes de sa filiale. Ni variable, ni relative, la personnalité morale peut ainsi jouer son rôle d'instrument fiable au service de la vie juridique.

3339 n° 655 sqq.

3340 Voir en particulier : n° 620 sqq. (principe majoritaire) ; n° 627 sqq. (pouvoir disciplinaire).

1221. La démarche que nous avons suivie afin de formuler les éléments essentiels d'une théorie cohérente de la personnalité morale, nous a conduit à formuler de nombreuses propositions théoriques et pratiques. Elles constituent parfois une nouvelle présentation du droit positif mais elles tendent aussi à l'adoption de nouvelles solutions. Il convient d'en donner ici un résumé sous la forme de propositions de thèse.

1078 La notion d'intérêt. L'intérêt est une notion juridique de droit positif³³⁴¹. C'est une notion à contenu variable³³⁴², qui opère par renvoi du système juridique vers un autre système normatif qui peut être économique mais aussi philosophique, religieux et/ou politique³³⁴³.

1079 L'intérêt de la personne morale. L'intérêt de la personnalité morale est distinct de l'intérêt de ses membres, lorsqu'il en existe³³⁴⁴. L'abus de majorité comme l'abus de minorité protègent l'intérêt de la personne morale elle-même³³⁴⁵.

En droit des sociétés par exemple³³⁴⁶, est abusive la décision adoptée dans un but étranger à l'intérêt de la société : il s'agit d'une décision illégitime car prise dans un intérêt externe³³⁴⁷. Il en est de même en cas d'abstention en particulier lorsqu'elle émane de la minorité³³⁴⁸.

1080 L'intérêt de la personne morale n'est pas davantage la somme des intérêts individuels³³⁴⁹.

L'unanimité ne saurait couvrir, par conséquent, un abus de bien sociaux³³⁵⁰.

L'action en justice d'une ligue de défense est recevable alors même que tous les membres n'ont pas effectivement été victimes³³⁵¹. Il suffit que tous aient pu être atteints en leur qualité de membre³³⁵².

1081 La notion d'intérêt de groupe de sociétés n'a pas d'autonomie par rapport à la notion d'intérêt social : si les conditions

3341 n° 72 sqq.

3342 n° 119 sqq.

3343 n° 139 sqq.

3344 Car il existe des personnes morales sans membre : n° 211.

3345 n° 241 spéc..

3346 L'analyse est transposable à d'autres personnes morales : n° 252 sqq.

3347 n° 251.

3348 n° 266 sqq.

3349 n° 277 sqq.

3350 n° 279 sqq.

3351 n° 300 sqq.

3352 Voir également dans la collectivité des créanciers : n° 307 sqq.

d'existence d'un intérêt de groupe sont réunies, c'est qu'il n'y a pas, en réalité, d'atteinte à l'intérêt social³³⁵³.

1082 La réglementation des conventions conclues entre une personne morale et ses organes dirigeants mérite d'être étendue à toutes les personnes morales notamment quant à l'interdiction du vote intéressé³³⁵⁴.

1083 L'intérêt de la personne morale n'intègre pas l'intérêt des créanciers, ni l'intérêt des salariés : l'intérêt social en particulier n'est pas l'intérêt de l'entreprise³³⁵⁵.

L'action civile des salariés, comme celle des créanciers, du chef d'abus de biens sociaux est irrecevable³³⁵⁶.

1084 Les dirigeants, les salariés et les créanciers peuvent être réunis dans une catégorie intermédiaire entre les membres et les tiers absolus : ce sont des participants³³⁵⁷. Leurs intérêts peuvent être pris en compte notamment à l'occasion d'une procédure collective³³⁵⁸. Ils viennent alors limiter de l'extérieur l'intérêt de la personne morale : la technique du bilan ne peut être transposée en droit privé³³⁵⁹.

L'action civile des créanciers du chef du délit de banqueroute est recevable³³⁶⁰.

1085 L'intérêt de la personne morale est distinct de l'intérêt général³³⁶¹.

Les actions d'intérêt général sont irrecevables : seule une habilitation législative peut les rendre recevables³³⁶².

La simple référence à l'intérêt général ou à un intérêt collectif autre que celui des membres, dans les statuts ne suffit pas à rendre l'action recevable³³⁶³.

1086 L'intérêt de la personne morale est un intérêt spécifique sélectionné parmi les intérêts individuels des membres et/ou des fondateurs³³⁶⁴. Il est un intérêt type³³⁶⁵. Par exemple, l'intérêt de la

3353 n° 337 sq.

3354 n° 342 sqq., spéc. n° 350.

3355 n° 366 sqq. et n° 244, à propos de l'abus de majorité.

3356 n° 367, n° 370.

3357 n° 378 sqq.

3358 n° 391 sqq.

3359 n° 426 sqq.

3360 n° 393 sqq.

3361 n° 401 sqq.

3362 n° 405 sqq.

3363 n° 414.

3364 n° 466 sqq. C'est un intérêt immanent : voir n° 455 sqq.

3365 n° 468 sqq.

société est l'intérêt de l'actionnaire-type isolé parmi les multiples intérêts qu'une personne peut avoir³³⁶⁶. La sélection est opérée au moyen d'un acte juridique spécifique : l'acte d'organisation dit aussi contrat-organisation³³⁶⁷.

L'*affectio societatis* est le terme qui désigne le consentement particulier donné dans un acte d'organisation ; il est particulier car il est émis en l'absence de tout conflit d'intérêts entre les parties à l'acte³³⁶⁸.

L'acte d'organisation est un acte intéressé ; il est toujours à titre onéreux. Il en est ainsi de l'acte d'association³³⁶⁹.

1087 L'action collective de la personne morale est recevable : elle est fondée sur la notion de cession dans l'intérêt du cédant³³⁷⁰.

La tierce opposition des membres est irrecevable, sauf en situation de conflit d'intérêts³³⁷¹, car ils sont représentés par la personne morale dont ils ont contribué à déterminer l'intérêt³³⁷².

1088 Le droit subjectif et la volonté. Le droit subjectif peut être défini comme une notion de la science du droit, et non du droit positif, qui désigne la prérogative qui permet d'accomplir des actes juridiques ou matériels utiles à la satisfaction d'un intérêt légitime³³⁷³.

1089 La volonté n'est pas un élément essentiel de la notion de droit subjectif, ni par conséquent de la personnalité morale³³⁷⁴. La volonté des organes, qui sont des mandataires, est imputée juridiquement à la personne morale³³⁷⁵.

La responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité du fait personnel³³⁷⁶. Elle est autonome par rapport à celle des personnes physiques qui ont pu agir pour la personne morale³³⁷⁷.

Le principe de la personnalité des peines ne s'oppose pas à la transmission de culpabilité à l'occasion d'une opération de fusion-scission³³⁷⁸.

3366 n° 473.

3367 n° 482 sqq.

3368 n° 492 sqq.

3369 n° 495 sqq.

3370 n° 534 sqq. spéc. n° 538.

3371 n° 554.

3372 n° 542 sqq.

3373 n° 585.

3374 n° 572 sqq.

3375 n° 597 sqq. et n° 610 sqq.

3376 n° 595 sqq.

3377 n° 601 sqq.

3378 n° 762 sq.

1090 L'organisation. Une meilleure distinction de la personnalité morale et de l'organisation est nécessaire.

1091 La distinction de la personnalité morale et de la personnalité juridique de la théorie de l'institution ou la distinction de la personnalité interne et de la personnalité externe de Thaller correspond en réalité à la distinction de l'organisation et de la personnalité morale³³⁷⁹.

1092 L'opposabilité. Afin d'assurer l'opposabilité de l'organisation, le droit impose une publicité constitutive qui entraîne l'apparition de la personnalité morale³³⁸⁰.

La diversité des formes de publicité est regrettable en pratique ; un système de publicité unifié serait souhaitable³³⁸¹.

1093 Il n'y a, en outre, aucune variabilité en fonction de la forme³³⁸². Le passage d'une forme à l'autre ne doit pas entraîner la création d'une nouvelle personne morale en l'absence de novation de l'organisation³³⁸³.

1094 Capacité et pouvoir. Ni la spécialité légale, ni la spécialité statutaire n'entraînent de variabilité de la personnalité morale. Seule la capacité de la personne morale (spécialité légale)³³⁸⁴ ou les pouvoirs des dirigeants (spécialité statutaire)³³⁸⁵ varient. Il n'existe pas de grande ni de petite personnalité : le concept de la personnalité morale est constant³³⁸⁶.

Les droits dont peut jouir la personne morale doivent être reconnus en fonction de leur nature et de leur objet davantage qu'en considération du particularisme de la personnalité morale³³⁸⁷.

1095 Il n'existe pas davantage de personnalité processuelle distincte de la personnalité substantielle. La jurisprudence dite de la capacité passive et celle de l'individualité juridique n'ont plus aucune actualité³³⁸⁸. L'action en justice apparaît ainsi comme l'un des attributs fondamentaux de la personnalité morale.

3379 n° 659 sqq.

3380 n° 665 sqq.

3381 n° 679.

3382 n° 680.

3383 n° 691 sqq., où l'on voit, en outre, l'intérêt pratique d'un système de publicité unifié.

3384 n° 750.

3385 n° 751.

3386 n° 734 et n° 764 sqq.

3387 n° 743 sqq.

3388 n° 753 sqq.

1096 La théorie de la personnalité morale n'interdit pas la reconnaissance d'institutions concurrentes telles que le patrimoine d'affectation³³⁸⁹, la fiducie³³⁹⁰ et la propriété collective³³⁹¹.

Les fonds communs de placement et les fonds communs de créances remplissent toutes les conditions pour voir leur personnalité morale reconnue ; ils doivent cependant être qualifiés de patrimoine d'affectation à la suite de la volonté législative de leur nier la personnalité morale³³⁹².

1097 Il est possible en conséquence de reconnaître la personnalité morale à certaines institutions. Ainsi la famille conjugale³³⁹³, l'indivision conventionnelle³³⁹⁴ et la collectivité des créanciers³³⁹⁵ présentent les éléments essentiels de la personnalité morale³³⁹⁶. Au contraire, l'entreprise³³⁹⁷ et le groupe de personnes morales³³⁹⁸ ne sont en aucune manière susceptibles d'être personnifiés.

1098 La transparence naturelle. La responsabilité limitée ou illimitée des membres ne dépend pas de la reconnaissance de la personnalité morale : il s'agit uniquement d'une question d'organisation. La responsabilité illimitée ne remet pas en cause la personnalité morale qui a pour seule fonction de rendre opposables les règles d'organisation et notamment celles relatives à la responsabilité des membres³³⁹⁹.

Une clause de responsabilité illimitée peut être licitement insérée dans les statuts d'une association³⁴⁰⁰.

3389 n° 825 sqq.

3390 n° 827 sq.

3391 n° 839 sqq.

3392 n° 830 sqq.

3393 n° 227 sqq. (composition) ; n° 234 (homogénéité des intérêts) ; n° 509 (intérêt des époux dans le fonctionnement du régime matrimonial) ; n° 288 sqq. (existence d'un intérêt propre de la famille) ; n° 527 (opposabilité aux tiers) ; n° 795 sqq. (autonomie active) ; n° 803 sqq. (autonomie passive).

3394 n° 282 sqq. (existence d'un intérêt propre) ; n° 522 sqq. (existence d'une publicité efficace en présence d'une indivision conventionnelle) ; n° 792 sqq. (autonomie active) ; n° 807 sqq. (autonomie passive).

3395 n° 227 sqq. (composition) ; n° 307 sqq. (existence d'un intérêt propre) ; n° 790 sq. (autonomie patrimoniale) ; n° 530 (opposabilité).

3396 Le fonds commun de quirats pourrait également être personnifié : n° 830 sqq.

3397 L'intérêt de l'entreprise n'est que l'intérêt de l'entrepreneur limité éventuellement par d'autres intérêts (n° 351) ; son opposabilité n'est pas assurée de manière satisfaisante (n° 531) ; elle ne dispose d'aucune autonomie patrimoniale (n° 814 sqq.).

3398 n° 531 (absence d'opposabilité) ; n° 337 sqq. (absence d'intérêt propre) ; n° 801 (absence de patrimoine).

3399 n° 879 sqq.

3400 n° 879.

1099 La représentativité est une manifestation de la transparence de la personnalité morale. Elle ne remet pas en cause celle-ci³⁴⁰¹.

L'importance des effectifs d'un groupement est un élément objectif de son organisation qui peut être pris en compte en droit syndical³⁴⁰² ou en droit de la responsabilité civile afin de fixer le montant des dommages-intérêts dus à une association³⁴⁰³.

1100 La personnalité morale ne s'oppose pas à la mise en œuvre de la garanties de vices cachés ni à l'annulation pour erreur d'une cession de droits sociaux (qu'il s'agisse de la cession de droits isolés ou de la cession d'un bloc de contrôle) lorsque la situation des biens sociaux rend impossible la réalisation de l'activité ou de la finalité de la personne morale : il est alors impossible de réaliser l'intérêt de la personne morale que le cessionnaire désirait intégrer³⁴⁰⁴.

La garantie contre l'éviction peut également être mise en œuvre sans porter atteinte à la personnalité morale³⁴⁰⁵.

1101 La transparence fiscale ne conduit pas à reconnaître une personnalité fiscale indépendante de la personnalité morale, ni à une négation de la personnalité morale³⁴⁰⁶. Outre des raisons de pure opportunité, la transparence fiscale répond, dans son principe, à une prise en compte de la finalité et/ou de l'activité de la personne morale³⁴⁰⁷.

1102 L'action *ut singuli*. L'action *ut singuli* est la manifestation processuelle de la transparence naturelle. Elle est principalement l'exercice individuel d'une action sociale en responsabilité contre les dirigeants³⁴⁰⁸, mais elle peut avoir d'autres objets et, notamment, l'annulation d'une décision collective³⁴⁰⁹.

L'action *ut singuli* peut être étendue à l'ensemble des groupements personnifiés dans la mesure où elle est un effet inhérent à la personnalité morale et non une exception à celle-ci³⁴¹⁰.

3401 n° 885 sqq.

3402 n° 890.

3403 n° 893 sqq.

3404 n° 928 sqq. et n° 945 sqq.

3405 n° 949 sq.

3406 n° 963 sqq.

3407 Ibid.

3408 n° 974 sqq.

3409 n° 986 sqq.

3410 n° 1000 sqq., spéc. n° 1024 sqq., en droit des associations.

Pour la même raison, elle peut être exercée par un associé contre le dirigeant d'une filiale : on parle alors d'action *ut singuli* au second degré³⁴¹¹.

1103 La cession de contrôle. Le prétendu particularisme de la cession de contrôle n'est pas reconnu en droit positif.

La commercialité de la cession de contrôle se justifie essentiellement par le caractère organisationnel de l'opération³⁴¹². Le droit du travail prend également en compte cet aspect organisationnel³⁴¹³.

L'existence d'une prime de contrôle n'est pas critiquable dès lors qu'elle ne s'accompagne d'aucune appropriation illégitime des profits³⁴¹⁴ : elle correspond principalement au prix des pouvoirs correspondant au montant de la participation acquise ainsi qu'à l'anticipation des synergies nées de l'opération³⁴¹⁵. A aucun moment, elle n'apparaît comme le prix de l'acquisition de l'entreprise elle-même : elle ne porte donc pas atteinte à la personnalité morale.

La cession de contrôle d'une société peut entraîner la rupture de certains contrats conclus *intuitu personae* et plus précisément *intuitu socii*, même en l'absence de clause expresse en ce sens³⁴¹⁶.

1104 La nationalité des personnes morales. En droit international, la nationalité n'a aucun rôle à jouer en matière de conflits de lois³⁴¹⁷. Elle ne doit pas être déterminée uniquement par référence au siège de la personnalité morale mais aussi en considération d'un faisceau d'indices tels que le lieu d'immatriculation, le centre de décision, et le lieu d'exploitation³⁴¹⁸. Par ailleurs, elle n'a de rôle réel qu'en matière de protection diplomatique et de jouissance de certains droits³⁴¹⁹.

1105 Critique de la levée du voile de la personnalité morale. Les prétendues levées du voile de la personnalité morale en droit interne s'expliquent quant à elles par les techniques du droit commun des obligations et non par des règles propres à la personnalité morale³⁴²⁰.

3411 n° 980.

3412 n° 1056 sqq.

3413 n° 1062 sqq.

3414 n° 1070.

3415 n° 1068 sqq.

3416 n° 1080 sqq.

3417 n° 1101 sq.

3418 n° 1111 sqq.

3419 n° 1100 sqq.

3420 n° 1149 sqq.

La transparence accidentelle

L'interprétation des contrats³⁴²¹, la simulation³⁴²², la fraude³⁴²³, l'apparence³⁴²⁴ et la responsabilité³⁴²⁵ sont utilisées afin d'attribuer à une obligation son véritable point d'imputation.

La confusion des patrimoines est fondée soit sur la fictivité de la personne morale³⁴²⁶, soit sur la responsabilité civile³⁴²⁷, selon les circonstances.

La responsabilité civile de la société-mère peut être engagée sur le fondement de la responsabilité du fait personnel et moins fréquemment sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui³⁴²⁸.

3421 n° 1150 sqq.

3422 n° 1155 sqq.

3423 n° 1172 sqq.

3424 n° 1180 sqq.

3425 n° 1186 sqq.

3426 n° 1168 sqq.

3427 n° 1201 sqq.

3428 n° 1197 sqq.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- ALFANDARI E., DUTHEIL Ph.-H., *Associations*, Dalloz Action, Dalloz 2000
- AMIEL-DONAT J., *J.-Cl. Travail, Traité*, Fasc. 18-25
- ATIAS Chr., *Epistémologie juridique*, collection droit fondamental, PUF 1985
- ATIAS Chr., *Les personnes. Les incapacités*, collection droit fondamental, PUF 1985
- ATIAS Chr., *Répertoire de droit civil*, V° *Copropriété des immeubles bâtis*
- AUBRY Ch., RAU Ch., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd., t. 6, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence 1873
- AUBRY Ch., RAU Ch., *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, 1^{ère} éd., t. IV, Lagier 1844
- AUDIT B., *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Collection Droit civil, série Enseignement, Economica 2000
- BATIFFOL H., LAGARDE P., *Droit international privé*, t. I, 8^{ème} éd., LGDJ 1993
- BAUDRY-LACANTINERIE G., WAHL A., *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXIV, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3^{ème} éd., Sirey 1907
- BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1998
- BEUDANT Ch., *Cours de droit civil français*, publié par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, avec la collaboration de G. LAGARDE, 2^{ème} éd., Rousseau 1936
- BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'Etat*, Librairie Guillaumin et C^{ie} 1877
- BONNEAU Th., *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., collection Domat Droit privé, Montchrestien 1999
- BONNECASE J., *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil*, de G. BAUDRY-LACANTINERIE, Sirey 1928
- BRETHER DE LA GRESSAYE J., LABORDE-LACOSTE M., *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey 1947
- BRICHET R., *Associations et syndicats*, 6^{ème} éd., Litec 1992
- BRINZ A., *Lehrbuch des Pandekten*, t. I, 2^{ème} éd., Erlangen 1886
- BUREAU D., *Administration-conditions de nomination des administrateurs*, in *J.-Cl. Sociétés Traités*, Fasc. 130-20
- CABRILLAC R., *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, 3^{ème} éd., Montchrestien 2000
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 19^{ème} éd., PUF 2000
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^{ème} éd., coll. Thémis, PUF 2000
- CATALA N., *Traité de droit du travail*, de G. H. CAMERLYNCK, t. IV, *L'entreprise*, Dalloz 1980
- CHAPUT Y., *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, collection Droit fondamental, PUF. 1996
- CHAPUT Y., *Objet social, notion et influence sur la condition juridique de la société*, *J.-Cl. Sociétés. Traité*, Fasc. 9
- CÈURET A., FORTIS E., *Droit pénal du travail*, 2^{ème} éd., Litec 2000
- COLOMER A., *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 10^{ème} éd., Litec 2000
- COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 4^{ème} éd., collection Domat, Montchrestien 1999
- CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 1996
- CORNU G., *Introduction. Les personnes. Les biens*, collection Domat, 10^{ème} éd., Montchrestien 2001
- CORNU G., *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, cours D.E.S. 1970-71
- CORNU G., *Les régimes matrimoniaux*, 9^{ème} éd., collection Thémis, PUF 1997
- CORNU G., *Linguistique juridique*, collection Domat, Montchrestien 1990
- COULOMBEL P., *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, avant-propos D. TALLON, LGDJ 1969
- COZIAN M., *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4^{ème} éd., Litec 1999
- COZIAN M., *Précis de fiscalité des entreprises 2000-2001*, 24^{ème} éd., Litec 2000

- COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY Fl., *Droit des sociétés*, 14^{ème} éd., Litec 2001
- DAIGRE J.-J., *Rép. Sociétés, V^{is} Entreprises en difficulté-Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)*
- DAIGRE J.-J., *Répertoire Sociétés, V^{is} Société fictive*
- DE JUGLART M., IPPOLLITO B., *traité de droit commercial*, t. 6, *Procédures collectives de paiements*, 3^{ème} éd. entièrement refondue par E. KERCHOVE, Montchrestien 1998
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES M., *Les personnes morales*, LGDJ 1919
- DE VISSCHER P., *La protection diplomatique des personnes morales*, Recueil des cours de l'Académie de droit international 1961-I, p. 399
- DELHAY F., *Société et indivision, J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 23.
- DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Rousseau 1911
- DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, Rousseau 1921
- DEMOLOMBE Ch., *Cours de Code Napoléon*, A. Durand et L. Hachette et C^{ie} 1870
- DEREU Y., *Juris-Classeur Sociétés Traité*, Fasc. 57-10, *Sociétés en nom collectif. Responsabilité des associés*
- DERRIDA F., GODÉ P., SORTAIS J.-P., *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, 3^{ème} éd., avec la collaboration de A. HONORAT, Dalloz 1991
- DESDEVICES Y., *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 126-2, *Action en justice*
- DESPORTES Fr., LE GUNEHÉC Fr., *Le nouveau droit pénal*, t. 1, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., 2000
- DEVÈZE J., SAINT-ALARY-HOUIN C., *Contrats et obligations. Effets des conventions à l'égard des tiers. Action paulienne, J.-Cl. Civil*, art. 1167
- Dictionnaire de la langue philosophique*, par P. FOULQUIÉ
- Dictionnaire du vote*, sous la direction de P. PERRINEAU et D. REYNIÉ, PUF 2001
- DIDIER P., *Droit commercial*, t. 1, *Introduction. L'entreprise individuelle*, 2^{ème} éd., PUF 1997
- DIDIER P., *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, collection Thémis, 3^{ème} éd., PUF 1999
- DIDIER P., *Droit commercial*, t. 3, *La monnaie, Les valeurs mobilières. Le effets de commerce*, collection Thémis, PUF 1999
- DIDIER P., *Droit commercial*, t. 4, *L'entreprise en difficulté*, 2^{ème} éd., collection Thémis, PUF 1999
- DION N., *Personnalité morale des sociétés. Effets, J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 28-15
- DONNIER J.-B., *J.-Cl. Civil*, art. 815 à 815-18, Fasc. 30
- DUCOULOUX Cl., *Répertoire Dalloz Sociétés, V^o Publicité*
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^{ème} éd., Bocard 1927
- DURAND P., JUSSAUD R., *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz 1947
- DURAND P., *Traité de droit du travail*, avec le concours de A. VITU, t. III, Dalloz 1956
- DURANTON A., *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, 3^{ème} éd., Alex-Gobelet 1934
- EASTERBROOK F. H., FISCHER D. R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press 1991
- ESCARRA J. et Ed., RAULT J., *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. 1^{er}, Sirey 1950
- ESMEIN P., *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours de droit civil approfondi 1933-34
- FARJAT G., *Droit économique*, 2^{ème} éd., PUF. 1982
- FARRAR J. H., FURREY N. E., HANNIGAN B. M., WYLIE Ph., *Farrar's company law*, 4^{ème} éd., Butterworths 1998
- FERRAND F., *Droit privé allemand*, Dalloz 1997
- FERRARA Fr., *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. 1, 1^{ère} partie, Athanaeum 1921
- FERRARA Fr., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, sous la direction de F. VASSALLI, Vol. 2, t. 2, Unione tipographo-editrice torinese 1938
- FLOUR J., AUBERT J.-L., FLOUR Y., SAVAUX E., *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, Armand Colin 1999
- FREDERICQ L., *Traité de droit commercial Belge*, t. IV, éd. Fecheyr 1950
- GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, 3^{ème} éd., Sirey 1913
- GÉNY Fr., *Sciences et techniques en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, Sirey 1921

- GHESTIN J. (dir.), *Introduction à la responsabilité*, par G. VINEY, 2^{ème} éd., LGDJ 1995
- GHESTIN J. (dir.), *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, par J. MESTRE et M. BILLIAU, LGDJ 1996
- GHESTIN J. (dir.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, 4^{ème} éd., LGDJ 1994
- GHESTIN J. (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, par J. GHESTIN, 3^{ème} éd., LGDJ 1993
- GHESTIN J. (dir.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, par G. VINEY, P. JOURDAIN, 2^{ème} éd., LGDJ 1998
- GHESTIN J. (dir.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, par J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, 3^{ème} éd., LGDJ 2001
- GHESTIN J. (dir.), *Traité de droit civil, Les personnes*, par G. GOUBEAUX, LGDJ 1989
- GHESTIN J. (dir.), *Traité des contrats, Les sociétés*, par Y. GUYON, 4^{ème} éd., LGDJ 1999
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les obligations. La responsabilité : effets*, par G. VINEY, LGDJ 1988
- GUINCHARD S., VINCENT J., *Procédure civile*, 25^{ème} éd., Dalloz 1999
- GUINCHARD S., M. BANDRAC, X. LAGARDE, M. DOUCHY, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Dalloz 2001
- GOWER L. C. B., PRENTICE D. D., PETTET B. G., *Gower's principles of modern company law*, 5^{ème} éd., Sweet & Maxwell, London 1993
- GRIFFIN S., *Company Law. Fundamental Principles*, 3^{ème} éd., Pearson Education 2000
- GRIMALDI M., *Droit civil. Successions*, 5^{ème} éd., Litec 1998
- GUYON Y., *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial générale et Sociétés*, 11^{ème} éd., Economica 2001
- GUYON Y., *Droit des affaires*, t. 2, *Entreprise en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, 8^{ème} éd., Economica 2001
- GUYON Y., V^o *Sociétés civiles professionnelles*, in *Répertoire des Sociétés*
- HAURIU M., *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., Sirey 1910 ; 2^{ème} éd., Sirey 1916
- HÉRON J., *Droit judiciaire privé*, collection Domat Droit privé, Montchrestien 1991
- HOUPIN C., BOSVIEUX H., *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 5^{ème} éd., t. II, JNA-Sirey 1918
- ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil des anciennes lois françaises*, Belin-Leprieur et Verdrière 1829
- JEANTIN M., *Droit des Sociétés*, 3^{ème} éd., collection Domat-Droit privé, Montchrestien 1994
- JEANTIN M., LE CANNU P., *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, 5^{ème} éd., Dalloz 1999
- JOSSERAND L., *Cours de droit positif français*, t. 1, 3^{ème} éd., Sirey 1938
- KANT E., *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Delagrave, 1971
- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, traduction O. BEAUD et F. MALKANI, Collection Léviathan, PUF 1996
- KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, introduction de S. L. PAULSON, Bruylant LGDJ 1997
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., traduction par Ch. EISENMAN, Dalloz 1962
- KOJÈVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Bibliothèque des idées, Gallimard 1981
- LACOUR L., BOUTERON J., *Précis de droit commercial*, 2^{ème} éd., Dalloz 1921 ; 3^{ème} éd., Dalloz 1925
- LAMBERT-FAIVRE Y., *Droit des assurances*, 10^{ème} éd., Dalloz 1998
- LAMBOLEY A., *Sociétés civiles professionnelles*, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 191-10
- Lamy associations*
- LAROMBIÈRE, *Théorie des obligations*, Pédone 1885
- LAURENT Fr., *Droit civil international*, t. IV, Bruylant-Marescq, Bruxelles-Paris 1880
- LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. I, Bruylant Marescq 1878
- LE CANNU P., *La société anonyme à directoire*, préf. J. DERRUPPÉ, Bibl. dr. pr. n° 158, LGDJ 1979
- LE TOURNEAU Ph., CADRET L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2000/2001, Dalloz 2000
- LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF 1996
- LÉVY E., *La vision socialiste du Droit*, Giard 1926
- LÉVY E., *Les fondements du droit*, Alcan 1933
- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Dalloz 1998

- LOUSSOUARN Y., BREDIN J.-D., *Droit du commerce international*, préf. H. BATIFFOL, Sirey 1969
- LYON-CAEN Ch., RENAULT L., *Traité de droit commercial*, 5^{ème} éd. avec la collaboration de A. AMIAUD, LGDJ 1926
- MACQUERON P., GATUMEL D., FROTIÉ P., DE GUIBERT D., *Mémento Francis Lefebvre, Associations et fondations*, éd. Francis Lefebvre 1999
- MALAURIE Ph., *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas 1996
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., *Droit civil, Les biens. La publicité foncière*, 4^{ème} éd. par Ph. THÉRY, Cujas 1998
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y., *Contrats spéciaux*, 14^{ème} éd., Cujas 2001
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., *Les personnes. Les incapacités*, par Ph. MALAURIE, Cujas 1994
- MARTIN R., *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 738, *Tierce opposition*
- MARTINEAU-BOURGUINAUD V., *J.-Cl. Sociétés, Traité, Personnalité morale des sociétés. Reconnaissance*, Fasc. 28-10
- MARTIN-SERF A., *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses*, *J. Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 7-40
- MARTY G., RAYNAUD P., *Droit civil*, t. II, Vol. 1, *Les obligations*, Sirey 1962
- MARTY G., RAYNAUD P., JOURDAIN P., *Les biens*, Dalloz 1995
- MAYER P., *Droit international privé*, 6^{ème} éd., collection Domat, Montchrestien 1998
- MAZEAUD A., *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Montchrestien 2000
- MAZEAUD H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 4^{ème} éd., Sirey 1949
- MAZEAUD H. et L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, t. II, 5^{ème} éd., Montchrestien 1958
- MAZEAUD H. L. J., CHABAS Fr., *Leçons de droit civil*, t. I, Vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 11^{ème} éd. par Fr. CHABAS, Montchrestien 1996
- MAZEAUD H. L. J., CHABAS Fr., *Leçons de droit civil*, t. I, Vol. 2, *Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8^{ème} éd. par Fl. LAROCHE-GISSEROT, Montchrestien 1997
- MAZEAUD H. L. J., CHABAS Fr., *Leçons de droit civil*, t. I, Vol. 3, *La famille*, 7^{ème} éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien 1995
- MAZEAUD H. L. J., *Leçons de droit civil*, t. IV, Vol. 1, *Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien 1982
- MERCADAL B., JANIN Ph., *Mémento Francis Lefebvre Sociétés civiles 2001*, Francis Lefebvre 2001
- MERCADAL B., JANIN Ph., *Sociétés commerciales 2001*, Mémento pratique Francis Lefebvre, édition Francis Lefebvre 2000
- MERLE Ph., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 9^{ème} éd. avec la collaboration de A. FAUCHON, Dalloz 2003
- MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel*, t. I, 3^{ème} éd., Cujas 1978
- MESCHERIAKOFF A.-S., FRANGI M., KDHIR M., *Droit des associations*, collection Droit fondamental, PUF 1996
- MESTRE J., BLANCHARD-SÉBASTIEN Chr., VELARDOCCHIO D., *Lamy Sociétés commerciales*
- MICHA-GOUDET R., *Objet social, notion et influence sur la condition juridique de la société*, *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 9-10
- MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, 3^{ème} éd. par L. TROTABAS, LGDJ 1932
- MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, éd. Domat Montchrestien 1947, réimpression de la 6^{ème} éd., Scientia Verlag Aalen 1970
- MOREAU J., *Droit administratif*, collection droit fondamental, PUF 1989
- MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz 1991
- NIBOYET J.-P., *Cours de droit international privé*, Sirey 1946
- PAISANT G., *J.-Cl. Civil*, articles 1421-1432, Fasc. 30
- PAOLINI E., GIRAUDOUX C. (dir.), *Lamy Social*, avec la collaboration de F. BARRÉ et de L. MOINS, Lamy 2001
- PÉLISSIER J., SUPIOT A., JEAMMAUD A., *Droit du travail*, 20^{ème} éd., Dalloz 2000
- PERCEROU J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^{ème} éd., avec la collaboration de M. DESSERTAUX, Rousseau 1935
- PINTO A. R., BRANSON D. M., *Understanding Corporate Law*, Matthew Bender 1999
- PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, par A. TRASBOT, LGDJ 1933
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, Pichon 1900 ; 4^{ème} éd., LGDJ 1906 ; 7^{ème} éd., Pichon 1914

- POMEY M., *Traité des fondations reconnues d'utilité publique*, PUF 1980
- PONT P., *Explication du Code Napoléon*, t. VII, Delamotte 1872
- POTHIER, *Œuvres de Pothier, annotées et mise en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* par M. BUGNET, 2^{ème} éd., Plon et Marchal
- RAWLS J., *Théorie de la justice*, Le seuil 1997
- REBOUL N., *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 20-10, *Affectio societatis*
- REBUT D., *Rép. Pén., V^{is} Abus de biens sociaux*
- Répertoire Dalloz, V^o Tierce opposition, n^o 70, V^o Société
- REVILLARD M., *Droit international privé et pratique notariale*, 5^{ème} éd., Defrénois 2001
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ 1951
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^{ème} éd., LGDJ 1935
- RIPERT G., *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd. LGDJ 1954
- RIPERT G., ROBLLOT R., *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN, L. VOGEL, t. I, 17^{ème} éd., LGDJ 1998
- RIPERT G., ROBLLOT R., *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd. par Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, LGDJ 2000
- RIVÉRO J., SAVATIER J., *Droit du travail*, collection Thémis, PUF 1993, p. 165
- RODIÈRE R., DU PONTAVICE E., *Droit maritime*, 12^{ème} éd., 1997
- ROGUIN E., *La science juridique pure*, t. 2nd, LGDJ-Librairie Rouge & C^{ie}, Paris-Lausanne 1923
- ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec 1999
- SAINTOURENS B., V^o Sociétés d'exercice libéral, in *Répertoire des Sociétés*
- SALEILLES R., *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., préf. de H. CAPITANT, Rousseau 1922
- SAVATIER R., *Cours de droit international privé*, 2^{ème} éd., LGDJ 1953
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3^{ème} éd., Dalloz 1963
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, 2^{ème} éd., LGDJ 1951
- SÉRIAUX A., *Droit canonique*, Collection droit fondamental, PUF 1996
- SÉRIAUX A., *Le droit naturel*, coll. Que-sais-je ?, PUF 1993, p. 60.
- SÉRIAUX A., *Répertoire civil Dalloz*, V^o Patrimoine
- SOINNE B., *Traité des procédures collectives. Commentaires des textes. Formules*, 2^{ème} éd. avec la collaboration de E. KERCHOVE, Litec 1995
- SOLUS H., PERROT R., *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey 1961
- SOUSI G., *Les associations*, Dalloz 1985
- STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, 5^{ème} éd., Litec 2000
- STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Dalloz 2000
- STOUFFLET J., BETANT S., *J.-Cl. Société, Traité*, Fasc. 150
- STOUFFLET J., BETANT S., *J.-Cl. Sociétés, Traité*, Fasc. 149
- TERRÉ Fr., FENOUILLET D., *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6^{ème} éd., Dalloz 1996
- TERRÉ Fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 7^{ème} éd., Dalloz 1999
- TESTU F.-X., *Répertoire civil, V^o Indivision*
- TEYSSIÉ B., *J.-Cl. Travail, Traité*, Fasc. 15-70, *Comité d'entreprise européen*
- TEYSSIÉ B., *Droit civil. Les personnes*, 6^{ème} éd., Litec 2001
- THALLER Ed., *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^{ème} ; 8^{ème} éd. par J. PERCEROU, Rousseau 1931
- THALLER Ed., *Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des sociétés commerciales*, par P. PIC, 2^{ème} éd., Rousseau 1925
- THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, CERF 1990
- TILQUIN T., SIMONART V., *Traité des sociétés*, t. I, Kluwer 1996
- TISSIER Th., *Répertoire de droit administratif de L. Béquet*, t. XII, P. Dupond éd. 1895
- TOULLIER, DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. XX, J. Renouard et C^{ie} 1839
- TUNC A., *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 4^{ème} éd., collection : Etudes juridiques comparatives, Economica 1997
- VEDEL G., DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, collection Thémis, 12^{ème} éd., PUF. 1992
- VIALARD A., *Droit maritime*, Collection droit fondamental, PUF. 1997
- VILLEY D., *Le jeu des intérêts*, cours de D.E.S. 1958-1959
- VILLEY D., *Notes de philosophie économique : Philosophie des intérêts et science économique*, cours de D.E.S. 1959-1960

VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, 4^{ème} éd., Les cours du droit 1961-1968

VILLEY M., *Philosophie du droit*, t. II *Les moyens du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz 1984

VILLEY M., *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets*, présentés par M.-A. FRISON-ROCHE et Chr. JAMIN, PUF 1995

Vocabulaire technique et critique de la philosophie, par A. LALANDE

VON IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3^{ème} édition par O. DE MEULENAERE, Marescq 1878

VON IHERING R., *L'esprit du Droit Romain*, trad. MEULENAERE, 2^{ème} éd., Marescq 1880

VON SAVIGNY F.C., *Traité de droit romain*, traduit de l'allemand par Ch. GUENOUX, 2^{ème} éd., Didot 1858

WAHL A., *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey 1922

WALINE M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, 3^{ème} éd., Sirey 1945

WALINE M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} éd., Sirey 1946

WEISS A., *Traité théorique et pratique de droit international privé, Le droit de l'étranger*, 2^{ème} éd., Sirey 1908

WICKER G., *Répertoire Civil, V° Personne morale*

WINSCHIED B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 9^{ème} éd. par TH. KIPP, Rütten & Loening, Frankfurt an Main 1906

WITZ Cl., *J.-Cl. Civil*, art. 2092 à 2094, Fasc. 80

ZÉNATI Fr., REVET Th., *Les biens*, 2^{ème} éd. refondue, Collection droit fondamental, PUF 1997

Thèses et monographies

ABEILLE J., *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*, thèse Aix-Marseille, Imprimerie Ant. Ged 1938

ABEILLE J.-F., *Le principe de l'effet relatif des conventions et le droit de l'entreprise*, thèse dactyl., Aix-Marseille 1980

AL SANHOURY A.A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, thèse Lyon, Giard 1925

AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai d'une phénoménologie juridique)*, LGDJ 1964

ARROW K., *Choix collectifs et préférence individuelles*, collection Perspectives de l'économie-critique, Calmann-Lévy 1974

ARSEGUEL A., *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse dactyl., Toulouse I 1976

ASSI E., *L'intérêt de la famille*, thèse dactyl., Montpellier 1983

ATIBACK A., *Intérêt social et intérêt du groupe en matière d'abus commis par les dirigeants sociaux*, thèse dactyl., Paris II 1996

AULAGNON H., *Notion et protection de l'intérêt de la famille en droit civil moderne, spécialement d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse dactyl., Lyon 1946

AZOULAY M., *Le droit de copropriété par appartements*, thèse dactyl., Paris 1956

BAHANS J.-M., *Théorie de l'acte juridique et droit économique*, thèse dactyl., Bordeaux IV 1998.

BALDOUS A., *Le principe de spécialité en droit administratif français*, thèse dactyl., Aix 1974

BALENSI I., *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, collection études juridiques, série droit des affaires, Economica 1975

BARTHÉLÉMY J., *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse Toulouse, Librairie du recueil général des lois et des arrêts 1899

BEIGNER B., *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, Bibl. dr. pr. n° 234, LGDJ 1995

BÉJANIN M., *De la capacité juridique des associations d'après la loi du 1^{er} juillet 1901*, thèse Paris, Rousseau 1904

BELIN J., *Recherches sur la notion d'utilité publique en droit administratif français*, thèse Paris, Dalloz 1933

BELLIVIER F., *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, thèse dactyl., Paris I 1997

BENOIST P., *Les dons et legs à personnes morales et le principe de spécialité*, LGDJ 1938

BENTHAM J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, in *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation*, Basic Blackwell, Oxford 1960

BÈQUE F., *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, thèse

- Grenoble, Imprimerie de la « Dépêche dauphinoise » 1908
- BERDAH J.-P., *Fonction et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Bibl. dr. com. t. 27, Sirey 1974
- BERLE A.A., MEANS G.C., *The modern corporation and private property*, The Mc Millian Company, New York 1934
- BÉZARD P., *Sociétés civiles, contrat de société, dispositions applicables aux sociétés commerciales, sociétés en participation, registre du commerce*, préf. R. PLEVEN, Litec 1979
- BISSILA J.-M., *L'évolution des conceptions relatives à la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales des codifications napoléoniennes à nos jours*, thèse dactyl., Orléans 1996
- BLAISE H., *L'apport en société*, thèses Rennes 1953, Imprimeries Réunies 1955
- BLANLUET G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, Bibl. dr. pr. n° 313, LGDJ 1999
- BLUM J.-P., *La notion d'objet en matière de société*, thèse dactyl., Paris 1949
- BLUMBERG Ph. I., *The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York-Oxford 1993
- BOULIN S., *Le siège social*, thèse dactyl., Paris II 1985
- BORÉ L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. VINEY, Bibl. dr. pr. n° 278, LGDJ 1997
- BOUCHARD Ch., *La personnalité morale démythifiée. Etude de droit comparé franco-québécois sur les notions de personnalité morale et de patrimoine d'affectation*, LGDJ Les Presses de l'Université de Laval 1997
- BOUCOBZA X., *L'acquisition internationale de société*, préf. Ph. FOUCHARD, Bibl. dr. pr. n° 301, LGDJ 1998
- BOUYSSOU M., *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. MARTY, Sirey 1947
- BOY L., *L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit)*, thèse dactyl., Nice 1979
- BRUNET A., *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse dactyl., Nancy II 1973
- CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif*, préf. P. CATALA, Bibl. dr. pr. n° 213, LGDJ 1990
- CAILLÉ A., *Critique de la raison utilitaire, manifeste du MAUSS*, éd. La découverte, coll. AGALMA 1989
- CALAIS-AULOY J., *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préf. H. CABRILLAC, Bibl. dr. pr. n° 17, LGDJ 1959
- CALENDINI J.-M., *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, thèse dactyl., Paris II 1983
- CAPITANT H., *De la cause des obligations*, 2^{ème} éd., Dalloz 1924
- CARBONNIER J., *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de L'Université Y. Cadoret 1932
- CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Sirey 1922
- CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, Bibl. dr. pr. n° 250, LGDJ 1995
- CASEY J., *Sûretés et famille*, collection doctorat et notariat, Imprimerie de la mouette 2000
- CASTRE SAINT MARTIN-DRUMMOND F., *Les sociétés dites "holdings"*, thèse dactyl., Paris II 1993
- CATALA N., *L'entreprise*, in *Droit du travail*, sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, t. IV, Dalloz 1980
- CHALLEIL Fr., *L'entreprise et les notions de sujet de droit et de patrimoine. Etude de Droit Français, Anglais et Allemand*, thèse dactyl., Montpellier 1974
- CHAMPAUD Cl., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. LOUSSOUARN, Bibl. dr. com. t. 5, Sirey 1962
- CHAPUS R., *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, préf. M. WALINE, Bibl. dr. pub. n° 8, LGDJ 1957
- CHAPUT Y., *L'objet social*, thèse dactyl., Clermont-Ferrand 1973
- CHARTIER Y., *La difficile conciliation des droits de la famille et de la « faillite »*, Rapport de la Cour de cassation 1994, La documentation Française, 1995
- CHAVANNES E., *Le homestead français*, thèse Paris, Rousseau 1907

- CHERCHOULY-SICARD Fr., *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, thèse dactyl., Paris II 1982
- CLÉMENS R., *Personnalité morale et personnalité juridique*, Sirey 1935
- CLUNET Ed., *Les associations au point de vue historique et juridique*, t. I^{er} (seul paru), Marchal et Billard 1909
- COB, Rapport de la COB au Président de la République 1993
- COËT Ph., *Les notions cadres dans le Code civil*, thèse Paris II, dactyl., 1985
- COHEN D., *Arbitrage et société*, préf. B. OPPETIT, Bibl. dr. pr. n° 229, LGDJ 1993
- COHEN M., *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupes*, 6^{ème} éd., LGDJ 2000
- Congrès des notaires, 96^{ème} Congrès des notaires de France, Lille 28/31 mai 2000, *Le patrimoine au XXI^e siècle*.
- CONSEIL D'ETAT, *L'intérêt général, Rapport public du Conseil d'Etat 1999*, EDCE-La documentation Française 1999
- CONSEIL D'ETAT, *Les associations et la loi de 1901, cent ans après, Rapport public du Conseil d'Etat 2000*, EDCE-La documentation Française 2000
- CONSEIL D'ETAT, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Rapport du Conseil d'Etat, EDCE-La documentation Française 1997
- CONTAMINE-RAYNAUD M., *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse dactyl., Paris II 1974
- CONTIN R., *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préf. R. PERCEROU, avant-propos Cl. CHAMPAUD, Bibl. dr. de l'entreprise, Librairie technique 1975
- COPPENS P., *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, thèse Paris, imprimeries J. Duculot, Gembloux 1947
- CORBIER I., *La notion d'armateur*, préf. M. RÉMOND-GOUILLOUD, collection Les grandes thèses du droit français, PUF. 1999
- CORDONNIER P., *De l'égalité entre actionnaires. Droit français et législation comparée (Allemagne, Belgique, Grande-Bretagne, Italie)*, Rousseau 1924
- CORLAT B., WEINSTEIN O., *Les nouvelles théories de l'entreprise*, collection références, Le Livre de Poche 1995
- COSTA D., *Les fictions juridiques en droit administratif*, préf. E. PICARD, Bibl. dr. pub. n° 210, LGDJ 2000
- COULOMBEL P., *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. DURAND, Imprimerie moderne 1950
- COUPET L., *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dactyl., Aix-Marseille 1974
- CRAIG W. L., *La société sous contrôle étranger*, thèse dactyl., Paris II 1982
- CROCQ P., *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. pr. n° 248, LGDJ 1995
- CUQ M.-E., *La nationalité des sociétés. Etude de Jurisprudence et de Législation Comparées*, thèse Paris, Sirey 1921
- CUTAJAR-RIVIÈRE Ch., *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, préf. P. DIENER, Bibl. dr. pr. n° 292, LGDJ 1998
- DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- DAGOT M., *L'indivision*, Librairie technique 1978
- DAGOT M., *La simulation en droit privé*, préf. P. HÉBRAUD, Bibl. dr. pr. n° 73, LGDJ 1967
- DAIGRE J.-J., *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le rapport Marini*, Joly 1997
- DE LAPRADELLE G., *L'homme juridique, essai de critique de droit privé*, collection critique du droit, François Maspéro PUG 1979
- DE MARGERIE B., *Des incapacités de jouissance en droit civil français*, Montchrestien 1936
- DE PAGE Ph., DEHAN P., DE VALKENEER R. (dir.), *La pratique de la copropriété*, Bruylant LGDJ 1996
- DEBET A., *La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil*, thèse dactyl., Paris II 2001
- DELCROS B., *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat (Etude sur les services non personnalisés de l'Etat)*, Bibl. dr. pub. t. CXXI, LGDJ 1976
- DELESALLE G., *Les apports aux associations*, thèse Paris, Jouve et C^{ie} 1944
- DELHAY F., *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de sociétés civiles et de personnalité morale*, préf. J. PATARIN, Bibl. dr. pr. n° 89, LGDJ 1968
- DEMASSIEUX G., *Le changement de nationalité des sociétés commerciales*, thèse Lille 1928
- DEMICHEL A., *Le contrôle de l'Etat sur les organismes de droit privé. Essai d'une théorie générale*, Bibl. dr. pub. t. XXIX, LGDJ. 1960
- DESDEVISES Y., *Le contrôle de l'intérêt légitime (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action)*, thèse dactyl., Nantes 1973

- DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. pr. n° 1, LGDJ 1957
- DIDIER P., *L'option de la femme mariée commune en bien*, préf. M. FRÉJAVILLE, Bibl. dr. pr. n° 5, LGDJ 1956
- DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. pr. n° 339, LGDJ 2000
- DION N., *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, thèse dactyl., Orléans 1994
- DOM J.-Ph., *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, préf. P. LE CANNU, Collection Pratique des affaires, Joly éd. 1998
- DONDÉRO B., *Les groupements sans personnalité juridique en droit privé*, thèse dactyl., Paris X 2001
- DUCLOS J., *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, préf. D. MARTIN, Bibliothèque droit privé n° 179, LGDJ 1984
- DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^{ème} éd., Alcan 1920
- DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, LGDJ 1955
- DUPRÉ DE BOULOIS X., *La puissance privée. Contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatérale*, thèse dactyl., Paris II 2000
- DUTHIL G., *Le syndicat de copropriétaires, personne morale*, thèse Rennes, SRT Grenoble 1978
- EPINAY J., *De la capacité juridique des associations formées sans but lucratif et non reconnues d'utilité publique. Etudes d'histoire, de jurisprudence et de législation sur les formes inférieures de la personnalité morale*, thèse Lille, Rousseau 1897
- ESCARRA J., *Etudes sur la recevabilité des recours exercés par les syndicats et les groupements analogues*, thèse Paris, Rousseau 1907
- ETAIN P., *La cession de contrôle (perspective de droit comparé)*, thèse dactyl., Paris IX 1997
- EYQUEM R., *Essai sur la capacité des associations avant et après la loi du 1^{er} juillet 1901*, thèse Bordeaux, Imprimerie Y. Cadoret 1903
- EZRAN-CHARRIÈRE N., *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*, thèse dactyl., Paris II 1998
- FADEL-RAAD N., *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. pr. n° 214, LGDJ 1991
- FAURE Fr., *L'action en justice dans le domaine de la copropriété immobilière*, thèse dactyl., Lyon 1963
- FERSTEMBERT J., *Recherche sur la notion de spécialité des personnes publiques*, thèse dactyl., Paris II 1976
- FIONA MAC MILLAN PATFIELD (ed.), *Perspectives on Company law : 2*, Kluwer Law International, Londres 1997
- FIORINA D., *Obligations aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse I 1984
- GABORIAU B., *L'action collective en droit processuel français*, thèse dactyl., Paris II 1996
- GAILLARD E., *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse Lyon, Imprimerie des Missions Africaines 1932
- GAILLARD E., *La notion de pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985
- GARRIGOU-LAGRANGE J.-M., *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, Bibl. dr. pub. t. IC, LGDJ. 1970
- GARY R., *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit. Contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, préf. J. BONNECASE, Sirey 1932
- GASSIN R., *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix-Marseille 1955
- GASTAUD J.-P., *Personnalité morale et droit subjectif*, préf. J.-P. SORTAIS, Bibl. dr. pr. n° 149, LGDJ 1977
- GAUBUSSEAU L., *L'objet des sociétés*, thèse dactyl., Paris 1948
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Bibl. dr. pub. n° 58, LGDJ 1972.
- GAUDU F., *L'emploi dans l'entreprise privé. Essai de théorie juridique*, thèse dactyl., Paris I 1986
- GAZIN H., *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, Rousseau 1910
- GÉGOUT M., *Filiales et groupements de sociétés. Etudes de l'intervention d'une société dans la constitution et dans le fonctionnement d'une autre société*, thèse Paris, Sirey 1929
- GÉNY Fr., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. SALEILLES, 2^{nde} éd., LGDJ 1919
- GEOUFFRE DE LAPRADELLE A., *Des fondations*, thèse Paris, Giard et Brière 1894

- GERMAIN M., *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Nancy 1974
- GHICA LEMARCHAND C., *Le compte en banque en droit pénal*, thèse dactyl., Paris II 2000
- GIVORD Fr., GIVERDON Cl., *La copropriété*, avec la collaboration de P. CAPOULADE, 4^{ème} éd., Dalloz 1992
- GODON L., *Les obligations des associés*, préf. Y. GUYON, Collection Droit des Affaires et de l'entreprise, Economica 1999
- GOUDY B., *De la personnalité juridique*, thèse Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts 1896
- GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau 1912
- GOURLAY P.-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme, organisation et fonctionnement*, Bibl. dr. com. t. 24, Sirey 1971
- GRANIER V., JAFFEUX C., *La titrisation*, préf. Y. GUYON, avant-propos J.-P. DE CORMIS, Economica 1997
- GRASSMAN G., *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne/Berlin 1970
- GRIMALDI D'ESDRA J., *La représentation du personnel dans l'entreprise, origines, puissance et déclin annoncé d'un pouvoir*, thèse dactyl., Montpellier I 1993
- GUEDJ V., *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse dactyl., Paris II 1999
- GUÉRIN M., *Les pouvoirs de l'association sur ses membres*, thèse Paris, Imprimerie Constant-Laguerre 1931
- GUINCHARD S., *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, Bibl. dr. pr. n° 145, LGDJ 1976
- GURVITCH G., *L'idée du droit social. Notions et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, préf. de L. LE FUR, Sirey 1932
- GUYENNOT J., *La responsabilité des personnes morales publiques et privées. Considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ 1959
- HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités. Etude de jurisprudence Française et recherche d'une définition*, thèse Paris, Sirey 1920
- HANNOUN Ch., *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. pr. n° 216, LGDJ 1991
- HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, Bibl. dr. pr. n° 117, LGDJ 1971
- HAYEM H., *Domaines respectifs de l'association et de la société*, thèse Paris, Rousseau 1907
- HOANG P., *La protection des tiers face aux associations, contribution à la notion de « contrat-organisation »*, thèse dactyl., Paris II 2000
- HUSSON B., *La prise de contrôle d'entreprises. motivations, conséquences et freins. Une analyse des contextes français et américains*, collection Finance, PUF 1990
- IONESCU O., *La notion de droit subjectif en droit privé*, préf. G. RIPERT, thèse Paris, Sirey 1931; 2^{ème} éd. revue et augmentée, Bruylant Bruxelles 1978
- JAMIN Chr., *La notion d'action directe*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. pr. n° 215, LGDJ 1991
- JAROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, Bibl. dr. pr. n° 198, LGDJ 1987
- JEANTIN M., *La filiale commune*, thèse dactyl., Tours 1975
- JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essai de téléologie juridique II*, Dalloz 1928
- KAYSER P., *Société ou association? L'article 1832 du Code civil et la loi du 1^{er} juillet 1901*, Sirey 1928
- KELLY G., KELLY D., GOMBLE A. (ed.), *Stakeholder Capitalism*, Mac Millian, PERC, St Martin's, Londres, New York, 1997
- KETCHEDJIAN D., *La personnalité morale au regard du droit fiscal*, Thèse dactyl., Paris II 1972
- KISCHINEWSKY-BROQUISSE E., *La copropriété des immeubles bâtis*, 4^{ème} éd., Litec 1989
- LAGARDE X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. pr. n° 239, LGDJ 1994
- LAMBERT Th., *Le prix de cession des actions et parts sociales*, thèse dactyl., Nancy 1991
- LAMBOLEY A., *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, préf. J. SAVATIER, Bibl. dr. de l'entreprise t. 3, Librairie technique 1974

- LANGLOIS-COLSON A., *La responsabilité de la société-mère à l'égard des tiers*, thèse dactyl., Paris I 2001
- LASSERE V., *La doctrine du patrimoine chez Zachariae*, mémoire DEA de philosophie du droit, Paris II 1995
- LE BARS B., *Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs*, thèse dactyl., Paris I 1998
- LE FLOCH P., *Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, préf. J. PAILLUSSEAU, Bibl. dr. pr. n° 192, LGDJ 1986
- LEBRET J., *La notion de l'indivision dans le droit positif français actuel (l'article 815 du Code civil et les lois récentes)*, thèse Caen, A. Olier 1922
- LECOURT B., *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements*, préf. Y. GUYON, Bibl. dr. pr. n° 331, LGDJ 2000
- LÉGAL A., BRÈTHE DE LA GRESSAYE J., *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, son organisation et ses effets dans les associations, syndicats, sociétés, entreprises, professions. Etude de sociologie juridique*, Sirey 1938
- LEMARCHAND P., *Les rapports de l'association et de ses membres*, thèse Paris, Jouve & C^{ie} 1923
- LEMEUNIER, *Association. Constitution. gestion*, 8^{ème} éd., Delmas 2000
- LEROYER A.-M., *Les fictions juridiques*, thèse dactyl., Paris II 1995
- LESCOT P., *Essai sur la Période Constitutive des Personnes Morales de droit privé*, thèse Dijon, Rousseau 1913
- LEVENEUR L., *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. pr. n° 212, LGDJ 1990
- LÉVY C., *La personne humaine en droit*, thèse dactyl., Paris I 2000
- LÉVY L., *La nationalité des sociétés*, préf. B. GOLDMAN, Bibl. dr. pr. n° 181, LGDJ 1984
- LÉVY-BRUHL H., *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Domat-Montchrestien 1938
- LIKILIMBA G. A., *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté. Recherche d'une approche globale*, Bibl. dr. de l'entreprise n° 36, Litec 1998
- LINDITCH F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, préf. J.-A. MAZÈRES, Bibl. dr. pub. t. 176, LGDJ 1997
- LINOTTE D., *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse dactyl., Bordeaux I 1975
- LORNE M., *La responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants*, thèse Paris, Sirey 1910
- LOUSSOUARN Y., *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse Rennes, Imprimeries Réunies 1947
- LUCET Fr., *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse dactyl., Paris II 1987
- LYON-CAEN A., *Le contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques*, thèses dactyl., Paris II 1975
- MADRAY G., *De la représentation en droit privé. Théorie et pratique*, Sirey 1931
- MAGNIER V., *Rapprochement des droits dans l'Union Européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, préf. P. DIDIER, Bibl. dr. pr. n° 317, LGDJ 1999
- MARINI Ph., *La modernisation du droit des sociétés*, La documentation Française 1996
- MARTIN DE LA MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral*, préf. P. RAYNAUD, Sirey 1951
- MASSART Th., *Le régime de la cession de contrôle*, thèse dactyl., Paris II 1995
- MASSE L., *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, thèse Paris, Boyer 1902
- MAURO C., *La responsabilité pénale des personnes morales dans l'espace international*, thèse dactyl., Paris II 1999
- MAZE S., *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit comparé (Français, anglais et nord-américain)*, thèse dactyl., Paris I 1987
- MÉAU-LATOUR H., *La donation déguisée en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, Bibl. dr. pr. n° 184, LGDJ 1985
- MENJUCQ M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. pr. n° 285, LGDJ 1997
- MERLET J.-Fr., *Une grande loi de la troisième République : la loi du 1^{er} juillet 1901*, préf. J. MORANGE, Bibl. dr. pub. n° 217
- MESTRE A., *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse Paris, Rousseau 1899
- MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, collection Fondations, Maspéro 1982
- MICHALOPOULOS C., avec la collaboration de BARDY-CLÉMENT P., *Pratique du droit de la copropriété*, Les éditions juris-services 1997

- MICHEL R., *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, thèse Paris, Société Française d'Impression 1923
- MILLARD E., *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, préf. J.-A. MAZÈRES, Bibl. dr. pub. t. 182, LGDJ 1995
- MOLFESSIS N., *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. pr. n° 287, LGDJ 1997
- MONDON, *De la nationalité des sociétés de commerce en France*, thèse Grenoble, Bosc Frères et Riou 1937
- MOREAU P.-A., *La filiale en droit international privé et la notion de contrôle*, thèse dactyl., Paris 1948
- MORVAN P., *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, LGDJ 1999
- MOULIN J.-M., *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, thèse dactyl., Paris V 2000
- MOUREY J.-L., *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, préf. J. CARBONNIER, Bibl. dr. pr. n° 103, LGDJ 1970
- MOUY E., *Contribution à l'étude de la notion d'indivision, à propos des lois récentes sur la prolongation de l'indivision successorale*, thèse Lille, Imprimerie - Librairie C. Robbe 1920
- NEAU-LEDUC Ph., *La réglementation de droit privé*, Bibl. dr. de l'entreprise n° 38, Litec 1998
- NECTOUX V., *La prise de contrôle dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Toulouse 1974
- NIBOYET-HOEGY M.-L., *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, thèse dactyl., Paris II 1983
- OHL D., *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Bibl. dr. de l'entreprise t. 14, Librairie technique 1982
- OLSON M., *La logique de l'action collective*, préf. R. BOUDON, trad. M. LEVI, 2^{ème} éd., PUF 1987
- OPPETIT B., *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dactyl., Paris 1963
- OST F., GÉRARD Ph., VAN DE KERCHOVE M., *Droit et intérêt*, 3 Vol., Publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 1990
- OST Fr., *Droit et intérêt*, Vol. 2, *Entre droit et non droit : l'intérêt*, Publication des facultés universitaires Saint Louis Bruxelles 1990
- OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, Bibl. dr. pr. n° 91, LGDJ 1969
- PAILLUSSEAU J., CAUSSAIN J.-J., LAZARSKI H., PEYRAMAURE Ph., *Cession d'entreprise*, 4^{ème} éd., Dalloz 1999
- PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. LOUSSOUARN, Bibl. dr. com. t. 18, Sirey 1967
- PARTHÉNIU C.G., *Le droit social sur les choses. Essai sur la Nature des Propriétés collectives*, thèse Paris, Imprimerie Henri Jouve 1908
- PATARIN J., MORIN G., *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. I, *Statut fondamental et régime légal*, 3^{ème} éd., Rép. Def. 1974
- PEPY A., *De la nationalité des sociétés de commerce*, thèse Paris, Sirey 1920
- PERCEROU R., *La personne morale de droit privé, Patrimoine d'affectation*, thèse dactyl., Paris 1951
- PERELMAN Ch. et VANDER ELST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles 1984
- PERROUD J., *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires. Etudes de jurisprudence française*, thèse Paris, Rousseau 1901
- PETIT F., *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, préf. de P. RODIÈRE, Bibl. dr. pr. n° 291, LGDJ 2000
- PETITPIERRE-SAUVAIN A., *Droit des sociétés et groupes de sociétés. Responsabilité de l'actionnaire dominant. Retrait des actionnaires minoritaires*, Georg Genève 1972
- PETITPIERRE-SAUVAIN A., *La cession de contrôle, mode de cession de l'entreprise*, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève n° 54, Georg Genève 1977
- PICARD, BESSON, *Traité de droit des assurances terrestres*, t. I, LGDJ 1938
- PICHON A., *Des caractères distinctifs des associations soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901*, thèse Paris, Imprimerie Henri Jouve 1905
- PIÉBOURG Ed., *De la condition des personnes civiles en droit romain et en droit français*, thèse Paris, Parent 1875
- PIÉTRANCOSTA A., *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse dactyl., Paris I 1999
- PILLET A., *Des personnes morales en droit international privé. Sociétés étrangères (civiles et commerciales). Etats, Etablissements publics, Associations, Fondations*, Sirey 1914

- PILON E., *Principes et techniques des droits d'enregistrement*, t. I, Dalloz 1929
- PLASTARA G., *La notion juridique de patrimoine*, thèse Paris, Rousseau 1903
- PONSARD A., *La réforme des régimes matrimoniaux*, Dalloz 1966
- POPPER K., *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot 1973
- POTIRON G., *Les actions de masse dans les procédures d'exécution collective*, thèse dactyl., Nantes 1983
- PRIÉTO C., *La société contractante*, préf. J. MESTRE, PUAM. 1994
- RABAGNY A., *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Paris II 2001
- RANGEON Fr., *L'idéologie de l'intérêt général*, collection Politique comparée, Economica 1986
- RAYNAUD P., *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la Théorie Générale du Patrimoine*, thèse Toulouse, Sirey 1934
- REIGNE Ph. A., *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse dactyl., Paris II 1993
- RENARD G., *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, premier volume, partie juridique, Sirey 1930
- REYGROBELLET A., *La notion de valeur mobilière*, thèse dactyl., Paris II 1995
- RIALS St., *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Bibl. dr. pub. n° 135, 1980
- RICHER L. (dir.), *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Colloque de Fontevraud (15-16 octobre 1981), collection Travaux et Recherches, série Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales d'Angers, Economica 1983
- RIPERT H., *Le principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif, son application en matière de dons et legs*, thèse Paris, Rousseau 1906
- ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. pr. n° 311, LGDJ 1999
- ROLAND H., *Chose jugée et tierce opposition*, préf. B. STARCK, Bibl. dr. pr. n° 13, LGDJ 1958
- RONTCHEVSKY N., *L'effet de l'obligation. Essai sur la distinction de l'objet et de l'effet de l'obligation*, préf. A. GHOZI, coll. Droit civil, série : Etudes et Recherches, Economica 1998.
- ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactyl., Paris 1965
- ROUJOU DE BOUBÉE G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. MARTY, Bibl. dr. pr. n° 27, LGDJ 1961
- ROUSSEAU J., *Essai sur la notion juridique de simulation. Contribution à l'étude des actes indirectes*, thèse Paris, Dalloz 1937
- RUELLAN C., *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse dactyl., Paris II 1997
- SALEILLES R., *Le homestead aux Etats-Unis (Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable)*, Imprimerie J. Berthoud 1895
- SAYAG A. (dir.), *Publicités légales et informations dans les affaires*, collection le droit des affaires, études du CREDA, Litec 1992
- SCHILLER S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, thèse dactyl., Paris II 1999
- SCHMIDT D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, collection Pratique des Affaires, éd. Joly 1999.
- SCHMIDT D., *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. J.-M. BISCHOFF, Bibl. dr. com. t. 21, Sirey 1970
- SCHOLASTIQUE E., *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droits français et anglais*, préf. A. TUNC, Bibl. dr. pr. n° 302, LGDJ 1998
- SEBAG L., *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Sirey 1938
- SERICK R., *Rechtsform und Realität juristischer Personen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs aus die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*, Walter de Gruyter & CO.-J.C.B. Mohr, Berlin-Tübingen 1955
- SICARD G., *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age*, Collection Affaires et Gens d'affaires, Armand Colin 1953
- SIMONART V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, préf. P. VAN OMMELAGHE, Bruylant, Bruxelles 1995
- SOHOUENOU P. C., *Les articles 217 et 219 du Code civil. Les actes pécuniaires d'un époux en cas de résistance de son conjoint*, thèse dactyl., Paris II 1983
- SOULEAU H., *L'acte de fondation en droit français*, thèse dactyl., Paris 1969

- SOUSI G., *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse dactyl., Lyon III 1974
- SPETH F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, préf. M. PHILONENKO, LGDJ-Desœr, Paris-Liège 1957
- STAES O., *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse dactyl., Toulouse I 1995
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de la garantie et de peine privée*, préf. M. PICARD, Rodstein 1947
- STATI M. O., *Le standard juridique*, thèse Paris, Librairie Duchemin 1927
- SUEUR J.-J., *Recherches sur le concept de droit subjectif. Essai de méthodologie juridique*, thèse dactyl., Nice 1980
- SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, collection les voies du droit, PUF. 1994
- SYNVET H., *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse dactyl., Rennes I 1979
- H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, préf. J. CALAIS-AULOY, Bibl. dr. pr. n° 141, LGDJ 1975
- TERRÉ Fr., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. LE BALLE, Bibl. dr. pr. n° 2, LGDJ 1956
- TEYSSIE B., *Le comité d'entreprise européen*, collection Droit des affaires et de l'Entreprise, série Recherches, Economica 1997
- TISSIER A., *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Rousseau 1890
- TRIBES A., *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse dactyl., Paris II, 1975
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, collection Léviathan, PUF 1994
- TRUCHET D., *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, préf. J. BOULOUIS, Bibl. dr. pub. t. CXXV, LGDJ 1977
- VAISSE S., *La loi de la majorité dans la société anonyme (Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme)*, thèse dactyl., Paris 1967
- VALEUR R., *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américains avec les principaux arrêts faisant jurisprudence en la matière*, préf. H.-C. GUTTERIDGE, Giard 1931
- VALLANSAN J., *La cession d'entreprise*, thèse dactyl., Caen 1986
- VAN COMPERNOLLE J., *Le droit d'action en justice des groupements*, thèse Louvain 1972
- VANHAECKE M., *Les groupes de sociétés*, préf. R. PLAISANT, Bibl. dr. pr. n° 16, LGDJ 1959
- VATINET R., *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, préf. G. LYON-CAEN, Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, Sirey 1983
- VAUTHIER M., *Etudes sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français*, Monceau et Pédone Lauriel, Paris Bruxelles 1887
- VEAUX D., *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, thèse Rennes, éd. Techniques 1947.
- VERKINDT P.-Y., *L'imprudence et la négligence collectives*, thèse dactyl., Lille II 1988
- VERNY Ed., *Le membre d'un groupe en droit pénal*, thèse dactyl., Paris II 2000
- VERRUCOLI P., *Il superamento della personalità Guiridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Giuffrè Milan 1964
- VERSCHAVE J.-P., *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, thèse dactyl., Lille II 1984
- VIANDIER A., *La notion d'associé*, préf. Fr. TERRÉ, Bibl. dr. pr. n° 156, LGDJ 1978
- VIDAL J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, thèse Toulouse, Dalloz 1957
- VIGNON L., *Le principe de la spécialité et les être collectifs*, thèse Paris, Imprimerie Henri Jouve 1903
- VINCENSINI F.-X., *La commercialité (Recherches sur l'identification d'une activité)*, préf. J. MESTRE, PUAM. 1998
- VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. TUNC, Bibl. dr. pr. n° 53, LGDJ 1965
- WITZ Cl., *La fiducie en droit privé français*, Economica 1981
- WITZ Cl. (dir.), *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, préf. B. OPPETIT, FEDUCI-LGDJ 1985
- ZAMFIRESCO C.C., *Des rapports juridiques de l'association avec ses*

membres en droit français et en droit comparé, thèse Paris, Jouve & C^{ie} 1922
ZENATI Fr., *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactyl., Lyon III 1981

Articles

AL SANHOURY A.A., *Le standard juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, s.d., p.144

ALFANDARI E., *Associations et sociétés : points de rencontre*, PA 24 avril 1996, n° 30, p. 47

ALFANDARI E., *Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative, in Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec 1991, p. 265

AMIAUD A., *L'affectio societatis, in Aequitas und bona fides, festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius*, Verlag Helbing & Lichtenbahn, Basel 1955, p. 1

ANCEL P., *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTDCiv. 1999.771

ARMAND Cl., VIANDIER A., *Réflexions sur l'exercice de l'action dans le groupe de société : transparence des personnalités morales et opacité des responsabilités*, RS. 1986.557

ATIAS Chr., *Propriété et communauté dans la copropriété des immeubles bâtis*, JCP. 1980, I, 2971

AUBERT J.-L., *Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble*, RDI. 1995.469

AUBY J.-M., *La théorie des institutions transparentes en droit administratif*, RDP. 1988.265

AUDINET J., *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, RTDCiv. 1955.213

AUSSÉDAT J., *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation*, RS. 1974.221.

AUZERO G., *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. Affaires 1998.502

BARBIÉRI J.-F., *Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien 1998, p. 45

BARTHÉLÉMY J., *Collectivité du personnel et notion d'entreprise*, D. 2000, Chr. 279
BARTHÉLÉMY J., *Le référendum en droit social*, D. Soc. 1993.89

BARTHÉLÉMY J., *Turbulences entre droit des sociétés et droit du travail*, JCP. 1987, I, 3311

BASTIAN D., *La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce*, in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Librairie Technique 1968, p. 23

BASTIAN D., *La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation*, JS. 1937.1 et 1937.65

BASTID P., LUCHAIRE F., *La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 159

BATIFFOL H., *Le changement de nationalité des sociétés*, Travaux du Comité français de droit international privé 1966-1969, Dalloz 1970, p. 65

BECQUART A., *La notion de membres d'une association*, Juris-Associations 15 mars 1998, n° 175, p. 24

BEGUET J.-P., BARBIER PH., *Personnalité morale et autonomie patrimoniale en droit français, en droit italien*, Annales de la faculté de droit de l'université de Toulon et du Var 1977-1978, p. 77

J. BÉGUIN, *La nationalité juridique des sociétés commerciales devraient correspondre à leur nationalité économique*, in *Etudes offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec 2001, p. 459

BEHAR-TOUCHAIS M., *Les actions en responsabilité civile des créanciers*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*; Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien 1998, p. 11

BÉLIVEAU P., *La responsabilité pénale des corporations en droit canadien*, RSC 1999.1

BELLIVIER F., *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France*, in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, O. BEAUD et de P. WACHSMANN (dir.),

- Annales fac. dr. Strasbourg, nouvelle série, n° 1, PUS 1997, p. 165
- BENAC-SCHMIDT Fr., *Essai sur la notion « d'être moral nouveau ». Réflexions sur son aspect fiscal*, D. 1992, Chr. 37
- BERHENS P., *Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH*, IPRax 2000.384
- BERLE A.A., *Control in Corporate Law*, Columbia Law Review 1958.1121
- BERR C. J., *La place de la cession de contrôle en droit des sociétés*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, t. I, *Droit des sociétés*, Librairie technique 1974, p. 1
- BERTRAND Ed., *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à G. Ripert*, t. I, LGDJ 1950, p. 160
- BERTREL J.-P., *La position de la doctrine*, in *Droit et Patrimoine*, avril 1997, dossier sur l'intérêt social p. 42
- BERTREL J.-P., *Le débat sur la nature de la société*, in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, collection le droit des affaires, Litec 1997, p. 131
- BERTREL J.-P., *Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés*, RTDCom. 1996.595
- BISSARA P., *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement d'entreprise »*, RS. 1998.5
- BISSARA Ph., *L'intérêt social*, RS. 1999.4
- BLAISE H., *La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficultés*, D. Soc. 1985.449
- BLANC G., *De l'idée d'association comme fondement des pouvoirs des époux communs en biens*, RTDCiv. 1988.31
- BLANC G., *Les frontières de l'entreprise en droit commercial (brève contribution...)*, D. 1999, chr. 415
- BLOCAILLE-BOULETEL M., *L'« aryanisation » des biens*, Le genre humain 1996, p. 243
- BONASSIES P., *La décision « Amoco-Cadiz »*, DMF. 1984.688
- BONNASSIES P., *Le droit positif français en 1999*, DMF 2000, HS. n° 4
- BONNEAU Th., *Garantie d'éviction du fait du cédant et exécution de bonne foi de la cession de contrôle*, Dr. Soc. 1997, Chr. 5
- BONNEAU Th., HOVASSE H., VIDAL D., *La modernisation du droit des sociétés : le rapport Marini*, D.S. 1996, Chr. 15
- BONNEAU Th., *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil*, RTDCiv. 1991.1
- BORENFREUND G., *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, D. Soc. 1991.685
- BORENFREUND G., *Pouvoir de représentation et négociation collective*, D. Soc. 1997.1006
- BORENFREUND G., *Propos sur la représentativité syndicale*, D. Soc. 1988.476
- BOUDON R., *Penser la relation entre le droit et les mœurs*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-éditions du Juris-Classeur 1999, p. 11
- BOULOC B., *La « disparition » des sociétés commerciales et le registre du commerce*, RS. 1978.419
- BOULOC B., *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJC. 1995.301
- BRAIVE G., *L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt*, in *Droit et intérêt* Vol. I, *Approche interdisciplinaire*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, Bruxelles 1990
- BREDIN J.-D., *Au-delà de l'EURL ?*, JCP. CDE 1990/1, p. 24
- BREDIN J.-D., *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, RTDCiv. 1956.261
- BRETHER DE LA GRESSAYE J., *La présence du syndicat dans l'entreprise*, D. Soc. 1969.153
- BRICHET R., *Associations et Syndicats*, 6^{ème} éd., Litec 1992
- BRODERICK J. A., *La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français*, Archives de philosophie du droit 1968, n° 13, p. 143
- BRUNEAU D., *Les avantages de la reconnaissance d'utilité publique*, Juris-Associations, 1^{er} février 1998, n° 172, p. 21
- BRUNET P., *Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg*, in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, sous la direction de O. BEAUD et de P. WACHSMANN, Annales fac. dr. Strasbourg, nouvelle série, n° 1, PUS 1997, p. 275
- BUERGISSIER M., PERRIN J.-F., *Interessenjurisprudenz, statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement*, in *Droit et intérêt*, Vol. 1,

- Publication des facultés universitaires Saint Louis Bruxelles 1990
- BUREAU D., *La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés*, B. Joly 2001, § 149
- BÜRGE A., *La personne morale : la pensée juridique française du XIX^e siècle*, in *Personne, société et nature. La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, sous la direction de B. SCHMIDLIN, éd. universitaires Fribourg 1996
- BURST J.-J., *Une personne morale ambiguë : la personnalité morale du GIE*, JCP. 1976, I, 2783
- BUXBAUM R. M., *The Origins of the American "Internal Affairs" Rule in the Corporate Conflict of Laws*, in *Festschrift für Gerhard Kegel*, H.-J. MUSIELAK, K. SCHURIG (éd.), Verlag W. Kohlhammer 1987, p. 75
- CABALLERO F., *Plaidons par procureur, de l'archaïsme procédural à l'action de groupe*, RTDCiv. 1985.247
- CALEWAERT J., *Réflexions sur les préalables à une harmonisation globale du droit des sociétés en Europe*, Revue Pratique des Sociétés 1989.5
- CANIN P., *Action civile et spécialité des personnes morales*, RSC. 1995.751
- CANTACUZÈNE M., *L'Etat et le concept de personnalité*, RTDCiv. 1924.51.
- CAPITANT H., *L'indivision successorale*, Rev. crit. 1924.19 et 1924.84
- CAPORAL Fr., *Société et indivision*, RS. 1979.265
- CARBONNIER J., *La communauté entre époux est-elle une personne morale ?*, Travaux de l'association H. Capitant, t. VIII, 1953, Dalloz 1955, p. 280
- CARBONNIER J., *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable*, sous la direction de Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles 1994
- CARBONNIER J., *Sur la personnalité morale des comités d'établissement*, APD. 1959.140.
- CARBONNIER J., *Théorie sociologique du droit subjectif*, in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^{ème} éd., LGDJ 1992, p. 157
- CARBONNIER J., *V^{is} Famille, Législation et quelques autres*, in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^{ème} éd., LGDJ 1992, p. 222
- CARTIER M.-E., *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ?*, JCP. CDE. 1994/5, p. 30
- CARTIER M.-E., *Nature et fondement de la responsabilité des personnes morales dans le nouveau Code pénal français*, PA. 11décembre 1996, n° 149, p. 18
- CATALA P., *L'indivision*, Def. 1979, art. 31874
- CATALA P., *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTDCiv. 1966.185
- CATALA P., *Le mineur héritier en droit commercial*, in *Dix ans de conférences d'agrégation. Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz 1961, p. 162
- CHABOT G., *Réflexions sur la responsabilité civile de l'association et de ses dirigeants*, Def. 1999, art. 37015
- CHAGNY Y., *La situation des salariés de l'entreprise en difficulté*, RJS. 10/99, p.743 et RJS. 11/99, p. 819
- CHALARON Y., *Réflexions critiques sur la vision judiciaire de l'établissement distinct*, D. Soc. 1982.209 (Soc., 8 juillet 1981)
- CHAMPAUD Cl., *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français*, RTDCom. 1979.579
- CHAMPAUD Cl., *Les méthodes de groupements des sociétés*, RTDCom. 1967.1003
- CHAMPAUD Cl., RTDCom. 1991.52
- CHAPELLE A., *L'arbitrage et les tiers : II.- Le droit des personnes morales*, Revue de l'arbitrage 1988.475
- CHAPUT Y., *De la cause et/ou de l'objet de la société ?*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, PU de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand-LGDJ 2001, p. 25
- CHARTIER Y., *L'évolution de l'engagement des associés*, RS. 1980.1
- CHARTIER Y., *Les nouveaux fonds communs de placement (commentaire du Titre I^{er} de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 et de ses textes d'application)*, JCP. 1980, I, 3001, n°27
- CHASSAGNADE-BELMIN P., *Les apports aux associations*, JNA. 1958, art. 45646
- CHAUVEAU P., *Le fonds de commerce. Patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre*, DH. 1939, Chr. 37
- CHAUVEAU P., *Réflexions sur la copropriété des navires*, in *Mélanges*

- offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ 1966, p. 65
- CHAUVEAU P., *Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés*, RGDCom. 1938.397
- CHESNÉ G., *L'exercice ut singuli de l'action sociale dans la société anonyme*, RTDCom. 1962.347
- CHEVALIER J., *Commentaire de la loi du 28 juin 1938 tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*, DP. 1939, L. 73
- CHEVALIER J., *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 1, CURAPP. PUF. 1978, p. 11
- CHEVALIER J.-Y., in SAIN J.-Y., CHEVALIER J.-Y., *Les règles des régimes matrimoniaux*, PUF 1968
- Cl. CHAMPAUD, *Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français*, in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXI, *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Dalloz 1974, p.117
- CÈURET A., *La nature juridique de la section syndicale d'entreprise*, D. Soc. 1973.27
- CÈURET A., *La nouvelle donne en matière de responsabilité*, DS. 1994.627
- CÈURET A., *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC. 1992.481
- COHEN D., *La légitimité des montages en droit des sociétés*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 261
- COHEN M., *La minorité du comité d'entreprise*, RPDS 1989.245
- COHEN M., *La personnalité civile des comités de groupe*, D. Soc. 1983.670
- COHET-CORDEY F., *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, RTDCiv. 1996.819
- CONTIN R., HOVASSE H., *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D. 1971, Chr. 197.
- CONTIN R., *L'affaire Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968, Chr. 45
- CONTINHO DE ABREU J.-M., *Personnalité morale, subjectivité juridique et entreprise*, RIDÉco. 1996.171
- CORDONNIER P., *L'objet social*, D. 1952, Chr. 171
- CORNU G., *Rapport général sur les groupements dans la vie familiale*, *Travaux de l'association H. Capitant, Les groupements*, Litec 1996, t. XLV, p. 144
- CORRIGNAN-CARSIN D., *Validité des clauses de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise*, D. Soc. 1992.967
- COSTE-FLORET A., *Le transfert de siège social*, RGDCom. 1938.577
- COURET A., *Brèves réflexions d'un juriste français sur l'affaire Renault Vilvorde : au-delà du discours sur l'entreprise citoyenne*, in *Liber amicorum - Commission Droit et Vie des Affaires. 40^{ème} Anniversaire (1957-1997)*, Bruylant, Bruxelles 1998, p. 645
- COURET A., *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, RJDA 1997.391
- COURET A., *L'intérêt social*, CDE 1996, n° 4, *Actionnaires ou dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?*
- COURET A., *La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation du pouvoirs dans l'entreprise*, JCP. 2001, I, 339
- COURET A., *Le harcèlement des majoritaires*, B. Joly 1996, §36
- COURET A., *Le régime des offres publiques issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, D. 2001.1778
- COURET A., *Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse du droit des sociétés*, RS. 1984.423
- COURET A., *Premières traductions législatives de la corporate governance : la loi sur les fonds de pension (libre propos autour de la loi n° 97-277 du 25 mars 1997)*, D. 1997, Chr. 241
- COURET A., *Retour sur la notion de contrôle*, RJDA. 4/98, p. 279
- COURET A., *Le régime des offres publiques issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, D. 2001, p. 1778
- COUTURIER G., *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporains. Ecrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, p. 142, PUF 1992
- COUTURIER G., *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, in *Les salariés et les minoritaires dans les groupes de sociétés*, avant-propos M. BUY, PUAM 1993, p. 49
- COUTURIER G., *Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique*

- d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975, Chr. 151
- COZIAN M., *Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, JCP. 1976, I, 2817
- COZIAN M., *Le régime fiscal des sociétés de personnes (sociétés dites semi-transparentes)*, RS. 1980.217.
- CRÉMIEUX M., *Les obligations des associés envers les tiers dans les sociétés civiles*, JCP. 1973, I, 2552, n° 25
- CRÔNE R., *La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères*, in *Liber Amicorum Georges Daublou*, Defrénois 2001, p. 49
- DAGOT M., *La reprise par une société commerciale des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce*, JCP. 1969, I, 2277
- DAGOT M., *Le nom des personnes morales*, JCP. 1992, I, 3579
- DAGOT M., MOULY Chr., *L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction des personnes morales)*, RS. 1988.1
- DAIGRE J.-J., *Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 213
- DAIGRE J.-J., *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire*, RS. 1988.199
- DAIGRE J.-J., *Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?*, Droit et Patrimoine juillet 1996, p. 21
- DAIGRE J.-J., *Le risque d'extension de la procédure collective à l'époux in bonis*, in *Procédures collectives et communauté conjugale*, PA. 26 août 1998, n° 102, p. 8
- DAIGRE J.-J., *Les représentants au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes (ordo. n° 86-1135 du 21 octobre 1986)*, D. Soc. 1987.450
- DAIGRE J.-J., *Les sociétés d'exercice libéral*, B. Joly 1991, § 83
- DANA A., *L'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés*, RS. 1979.715.
- DANET D., *Cession de droits sociaux : information préalable ou garantie des vices ?*, RTDCom. 1992.315
- DARMAISIN R., *Le concept de transfert d'entreprise*, D. Soc. 1999.343
- DAVID A., *La vie des fondations*, RTDCiv. 1959.665
- DAVID R., *Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine*, Archives de philosophie du droit 1970, p. 1
- DAVID R., *Rapport général*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 3
- DE BOISSÉSON M., *Effets d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés*, B. Joly 1990, § 325
- DEBOISSY Fl., WICKER G., *La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux*, RTDCiv. 2000.225
- DE GAUDEMARIS M., *Théorie de l'apparence et sociétés*, RS. 1993.465
- DE LAUBADÈRE A., *Rapport de droit public français*, in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Travaux de l'association Henri Capitant 1969, t. XXI, Dalloz 1974
- DE MONTREDON E., *Vingt-cinq ans de changement de régime matrimonial par requête conjointe*, JCP. 1991, I, 3527
- DE SMET A., FREDERICQ S., *Le transfert de siège social*, Rev. Dr. Int. et de Dr. Comp. 1958.147
- DE VISSCHER Ch., *La nationalité et le caractère ennemis des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des Cours anglaises*, RCDIP. 1917.501
- DEKEUWER A., *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, JCP 1995 E, I, 500.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Fr., *L'indivision dans les sociétés en participation*, JCP. 1980, I, 2970
- DELEBECQUE Ph., *Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion des patrimoines et responsabilité des membres du groupe*, RPC. 1998.129
- DELMOTTE G., *L'action social ut singuli*, JNA. 1981, art. 56227
- DELSOL X., *Les apports aux associations*, Juris associations 1986, n° 23, p. 31 et n° 24, p. 23
- DEMOGUE R., *La fiducie en droit moderne. Rapport général*, in *Travaux de la semaine internationale de droit*, Sirey 1937
- DEMOGUE R., *La notion de sujet de droit*, RTDCiv. 1909.611
- DEMONTES E., *Les sociétés de sociétés*, Rev. crit. 1928.37
- DERRIDA F., *De la nature des sociétés par intérêt depuis la loi du 24 juillet 1966*, in

- Etudes offertes à André Audinet*, PUF. 1968
- DERRIDA F., *L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? Etude de jurisprudence*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec 1991, p. 29
- DERRIDA F., *Le sort du passif né du redressement judiciaire d'un époux sous le régime de la communauté légale*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec 1993
- DERRIDA F., *Redressement et liquidation judiciaires et régime de communauté*, D. 1994, Chr. 108
- DESPAX M., *Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnels*, JCP. 1972, I, 2465
- DESPAX M., *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain*, PUF 1992, p. 177
- DESPORTES Fr., *Le nouveau régime de la responsabilité des personnes morales*, JCP. 1993, I, 219
- DIDIER P., *Théorie économique et droit des sociétés*, in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec 1997, p. 227
- DIDIER P., *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *l'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 635
- DIDIER P., *Esquisse de la notion d'entreprise*, in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Voirin*, LGDJ 1966
- DIDIER P., *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, RJC. numéro spécial 1995.74
- DIENER P., *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL*, JCP. E 1992, I, 153
- DIENER P., *Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Bibl. dr. de l'entreprise t. 7, avant-propos J.M MOUSSERON et B. TEYSSIÉ, Librairie technique 1978, p. 81
- DIEUX X., *Les garanties en matière de cession d'actions. Pour un retour au droit commun !*, in *Liber Amicorum. Commission Droit et vie des Affaires, 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Bruylant Bruxelles 1998, p. 487
- DOBSON J. M., "Lifting the Veil" in four Countries : the law of Argentina, *England, France and the United States, International and comparative Law Review* 1986.839
- DONNEDIEU DE VABRES H., *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, RIDP. 1950.339
- DROBNIG U., *Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 27
- DU PONTAVICE E., *L'apport du procès de l'Amoco-Cadiz*, in *Droit de l'environnement marin développements récents*, Economica 1988, p. 273
- DU PONTAVICE E., *Une nouvelle personne morale, la société de quirataires ?*, RTDCom. 1963.1
- DU COULOUX -FAVARD Cl., *Nature juridique du contrat de société. un exemple d'écueil possible pour le comparatiste*, RS. 1996.1
- DU COULOUX-FAVARD Cl., *Actionnariat et pouvoir*, D. 1995, Chr. 177
- DU COULOUX-FAVARD Cl., *Propos autour de la publicité constitutive et de la publicité déclarative des actes juridiques*, PA. 10 avril 1991, n° 43, p. 9
- DU COULOUX-FAVARD Cl., *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, D. 1998, Chr. 395
- DUFOUR A., *La théorie de la personne morale dans la pensée juridique allemande du XIX^e siècle*, in *Personne, société et nature. La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, sous la direction de B. SCHMIDLIN, éd. universitaires Fribourg 1996, p. 80
- DURAND P., *Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail*, JCP. 1944, I, 387
- DURAND P., *Défense de l'action syndicale*, D. 1960, Chr. 21
- DURAND P., *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de Droit privé*, in *Le Droit privé au milieu du XX^e siècle*, t. I, LGDJ 1950, p.138
- DURAND P., *La notion juridique de l'entreprise*, in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. III, Dalloz 1948, p. 49
- DURAND P., *Les rapports de l'entreprise et du Comité d'entreprise*, D. Soc. 1951.667
- DURIN D., *L'action individuelle du copropriétaire d'un immeuble divisé par appartements*, D. 1962, Chr. 229

- DURRY G., *L'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil français*, in *Travaux de l'association Henri Capitant 1962*, Dalloz 1965, p. 611
- EISENBERG M. A., *Self-Interested Transactions in Corporate Law*, *The Journal of Corporation Law* 1987-1988, p. 997
- EISENMAN Ch., *Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin*, RDP. 1954.753
- ELHAUGE E., *The Triggering Function of Sale of Control Doctrine*, *University of Chicago Law Review* 1992.1465
- FABER D., *Reform of Shareholder Remedies*, in *developments in European Company Law*, Volume 1/1996, B. A. K. RIDER and M. ANDENAS ed., Kluwer Law International 1997, p. 119
- FABRE-MAGNAN M., *Propriété, patrimoine et lien social*, RTDCiv. 1997.583
- FADLALLAH I., *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, *Travaux du Comité français de Droit international privé 1984-1985*, éd. du CNRS. 1987, p. 105
- FAGES B., *L'abus dans les contrats de distribution*, JCP. 1998, CDE n°6, p. 11
- FAIVRE P., *La responsabilité pénale des personnes morales*, RSC. 1958.547
- FARJAT G. (dir.), *Une reconnaissance de l'entreprise en droit français ?*, RIDEco. 1987.521
- FARJAT G., *Les sujets de l'entreprise*, 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. 317
- FARRAR J. H., *The obligation of company's directors to its creditors before liquidation*, 1985.2. Co. Law. 413
- FAVENNEC-HÉRY Fr., in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, éd. Panthéon-Assas 1999
- FLATTET G., *Le trust en droit suisse*, *Revue juridique et politique indépendance et coopération* 1990.263
- FLOUR Y., *La qualité d'actionnaire et l'indivision*, RS. 1999.569
- FORTIER V., *La fonction normative des notions floues*, RRJ. 1991.755
- FOYER J., *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, *Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris*, LGDJ 1960, p. 113
- FRANDESCAKIS Ph., *Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux ; L'arrêt « Barcelona » de la Cour internationale de justice*, RCDIP. 1970.609
- FRANÇOIS L., *Le statut des syndicats et la personnalité juridique*, in *In memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, C.H. Beck'sch Verlagsbuchhandlung München 1980, p. 67
- FREYRIA Ch., CLARA J., *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés*, JCP. E 1993, I, 247
- FREYRIA Ch., *De la pensée de Pothier à la transparence fiscale... La Théorie défunte de la mutation conditionnelle de l'apport en société*, in *Mélanges à la mémoire du professeur Emile Giraud*, *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Lille* 1966
- FREYRIA Ch., *La conception sociale du groupe d'entreprises*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Etudes en l'honneur de Jean Savatier*, PUF. 1992, p. 201
- FREYRIA Ch., *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse 1996
- FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Rapport général*, in *Sociologie du patrimoine. La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, rapport remis à la Chancellerie 1995
- FRISON-ROCHE M.-A., *La prise de contrôle et les intérêts des associés minoritaires*, in RJC. 1998, n° spécial *La prise de contrôle d'une société*, novembre 1998, p. 94
- FRISON-ROCHE M.-A., *Le caractère collectif des procédures collectives*, RJCom.1996.293.
- FROMONT Y., *Les difficultés du droit des procédures collectives au cas particulier du comité d'entreprise*, D. Soc. 1992.45
- FURREY N., *The protection of creditor's interests in company law*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, D. FELDMAN, F. MEISEL (ed.), Lloyd's of London Press 1996, p. 173
- GAILLARD E., *Les enseignements de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, *Revue juridique et politique indépendance et coopération* 1990.304

- GALGANO Fr., *Struttura logica e contenuto normativo des concetto di persona giuridica*, Rivista di Dirritto Civile 1965.553
- GAMET L., *Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés*, JCP. 2001, I, 345
- GARAPON A., *L'idée du droit social : Georges Gurvitch*, in *La force du droit : panorama des débats contemporains*, sous la direction de P. BOURETZ, éditions Esprit 1991, p. 215
- GATSI J., *La sauvegarde des intérêts des coïndivisaires du débiteur*, JCP. N, p. 1496
- GATSI J., *Les créanciers du coïndivisaire*, JCP. N, p. 1650
- GAUDU F., *La fraternité dans l'entreprise*, D. Soc. 1990.134
- GAURIAU B., *Le référendum et les accords « Aubry II » (à propos de l'article 19 de la loi)*, D. Soc. 2000.311
- GAUTIER P.-Y., *Halte aux mirages de la Personnalité morale !*, RTDCiv. 1995.644
- GAUTIER P.-Y., *Halte aux mirages de la Personnalité morale ! (suite). Le réalisme en matière de cessions de contrôle marque des points*, XXX
- GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 4^{ème} éd., collection Droit fondamental, PUF 2001
- GAVALDA Chr., *La personnalité des sociétés en voie de liquidation*, in *Dix ans de conférence d'agrégation. Etudes offertes à Joseph Hamel*, Dalloz 1961, p. 253
- GÉGOUT M., *Des conditions auxquelles est subordonnée l'indépendance d'une société par actions et de celle de son principal actionnaire*, J.S. 1933.385
- GÉNY Fr., *Le particularisme du droit fiscal*, RTDCiv. 1931.797
- GÉNY Fr., *Les apports en immeuble aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique. Etude de droit civil et de droit fiscal*, RTDCiv. 1930.653
- GERMAIN M., *L'apport du droit de l'entreprise au droit des personnes*, JCP. CDE 2/1997, p. 11.
- GERMAIN M., *L'intérêt commun des actionnaires*, JCP. CDE 1996, n° 4, p. 13
- GERMAIN M., *La cession de contrôle des sociétés non cotées. Question de principe*, RJC. 1988, n° spécial *La transmission des entreprises*, novembre 1988, p. 69
- GERMAIN M., *Rapports entre le droit communautaire et droit interne des sociétés*, in *L'entreprise dans le marché unique européen*, La documentation Française 1995
- GERMAIN M., *Naissance et mort des sociétés commerciales*, in *Etudes dédiées à René Roblot. Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ 1984, p. 217
- GERMAIN M., *Propriété et contrôle : introduction (juridique) à un débat*, RIDEco. 1990.261.
- GERMAIN M., *Rapport de clôture*, in RJC. 1998, n° spécial *La prise de contrôle d'une société*, novembre 1998, p. 187
- GERVAIS A., *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey 1961, p. 241
- GHESTIN J., *La prophétie réalisée*, JCP. 1976, I, 2786
- GHESTIN J., *Le mandat d'intérêt commun*, in *Les activités et les biens de l'entreprise, mélanges offerts à Jacques Derrupé*, GLN. Joly, Litec 1991, p. 105
- GIBIRILA D., *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Def. 1998, art. 36808
- GIERKE O., *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887
- GIMALAC L., *Le contrat d'intégration révélé par les actions en comblement et en extension du passif*, RTDCom. 1999.601
- GISSEROT Fl., *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?*, RTDCom. 1979.49
- GIVERDON Cl., *L'action individuelle des membres d'un groupement*, JCP. 1955, I, 1244
- GIVORD F., *Essai sur la nature juridique de la copropriété par appartements*, in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Voirin*, LGDJ 1966, p. 262
- GIVORD F., *Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité*, D. 1968, Chr. 15
- GLENN H. P., *A propos de la maxime « Nul ne plaide par procureur »*, RTDCiv. 1988.59
- GOBERT M., *Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille*, JCP. 1967, I, 2122
- GOBERT M., *Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux*, JCP. 1969, I, 2281
- GOBIN A., *Fiducies sans fiducie*, JCP. N, 1994, I, p. 315
- GODÉ P., *Les intérêts des cocontractants (en cas de prise de contrôle d'une*

- société), in RJC. 1998, n° spécial *La prise de contrôle d'une société*, novembre 1998, p. 118
- GODON L., *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, RS. 1997.285, n° 8
- GODON L., *La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques*, B. Joly 2001, § 166
- GOLDSMITH J.-Cl., *A propos du projet de loi sur les sociétés professionnelles*, D. 1966, Chr. 37
- GOUBEAUX G., *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens*, in *Aspects actuels du droit commercial français. Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 198
- GRIDEL J.-P., *La personne morale en droit français*, RIDC. 1990.495
- GRIGGS L., LOWRY J. P., *Minority Shareholder Remedies : A Comparative View*, Journal of Business Law, sept. 1994, p. 463
- GRIMALDI D'ESDRA J., *Nature et régime juridique du référendum en droit social*, D. Soc. 1994.397
- GRIMALDI M., BARRIÈRE Fr., *La fiducie en droit français*, in XV^{ème} Congrès international de droit comparé, *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires. Trust vs Fiducie in a business context*, sous la direction de M. CANTIN-CUMYN, Bruylant 1999, p. 237
- GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Def. 1991, articles 35085 et 35094
- GROSSEN J.-M., *La personnalité morale et ses limites en droit suisse*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 143
- GRUNZWEIG S. F., *Le fonds de commerce et son passif propre. Etude de législation et de jurisprudence françaises et belge*, préf. M. PHILONENKO, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris 1938
- GUÉRIN L., *La société en nom collectif est-elle une personne morale ?*, Rev. crit. 1902.245, et 1902.308
- GUINCHARD S., *Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à la législation économique*, in *Mélanges dédiés à J. Vincent*, Dalloz 1981, p. 137
- GUINCHARD S., *L'action de groupe en procédure civile française*, RIDC. 1990.599
- GUINCHARD S., *Les moralistes au prétoire*, in Jean Foyer, auteur et législateur. *Leges tultit, jura docuit. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF 1997, p. 477
- GUIRIMAND D., *La responsabilité pénales des personnes morales*, RJS. 8-9/93
- GUTMAN D., *La doctrine du droit de Kant et la théorie du patrimoine*, in *Sociologie du patrimoine. La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE, rapport remis à la Chancellerie 1995
- GUTMAN D., *La question du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in *Le droit des Modernes (XIV^e- XVII^e siècles)*, études publiées sous la direction de St. RIALS, collection travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, LGDJ 1994, p. 11 sqq.
- GUTMAN D., *Michel Villey, le nominalisme et le volontarisme*, Droits 1999, n° 29 Michel Villey, p. 89
- GUYON Y., *Actionnariat des salariés et privatisation des entreprises*, D. Soc. 1987.445
- GUYON Y., *De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978*, in *Etudes offertes à P. Kayser*, PUAM 1979, p. 483.
- GUYON Y., *Droits fondamentaux et personnes morales des droit privé*, AJDA 1998, numéro spécial *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ?*
- GUYON Y., *L'exercice en société des professions libérales réglementées*, ALD. 1991.75
- GUYON Y., *La fraternité en droit de sociétés*, RS. 1989.439.
- GUYON Y., *La loi du 11 juillet 1985 autorisant l'émission de valeurs mobilières par certaines associations*, ALD. 1986.33
- GUYON Y., *La situation des associés dans les sociétés de construction*, JCP. 1962, I, 1735
- GUYON Y., *Le monde associatif. Rapport de synthèse présenté au 92^{ème} Congrès des notaires*, Def. 1996, article 36431
- GUYON Y., *Les groupes d'associations*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec 1999, p. 585
- GUYON Y., *Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles*

- d'encourir une responsabilité pénale (droit interne)*, RS. 1993.235
- HALLOUIN J.-Cl., *Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, JCP. E 1989, II, 15416
- HALPERN P., TREBILCOCK M., TURNBULL S., *An economic analysis of limited liability in corporation law*, University of Toronto Law Journal 1980.117
- HAMEL J., *Faut-il parler de « nationalité » des sociétés commerciales*, in *Ius et lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Verlag Helbing & Lichtenbahn, Basel 1959, p. 365
- HAMEL J., *L'affectio societatis*, RTDCiv. 1925.761
- HAMEL J., *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, Chr. 141
- HAMIAUT M., *Transparence fiscale et transparence juridique en matière de sociétés*, S. 1964, Chr. 4
- HANNOUN Ch., *L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe de sociétés matériellement intégré*, B. Joly 1991, § 165
- HANNOUN Ch., *Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés*, D. 1994, Chr. 67
- HANSMANN H., KRAAKMAN R., *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, The Yale Law Journal 1991.1879
- HAURIOU M., *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGD. 1898.5 et 1898.119
- HAURIOU M., *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, RTDCiv. 1923.331
- HAURIOU M., *La théorie de l'institution et de la fondation*, Cahier de la Nouvelle Journée n° 4, *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud et Gay 1925, p. 16
- HAURIOU M., *Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury : Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, RTDCiv. 1926.265
- HÉBRAUD P., *A propos d'une forme particulière de copropriété : la copropriété par appartements*, RTDCiv. 1938.23
- HÉBRAUD P., *Le contrôle juridictionnel des actes du comité d'entreprise*, D. Soc. 1954.342
- HECQUART-THÉRON M., *De l'intérêt collectif*, AJDA. 1986.65
- HENRY C., FABIANI D., *L'exécution sur les biens indivis*, PA. 12 janvier 2000, n° spécial *Les réalisations d'actif dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, p. 5
- HENRY M., *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, D. 1979, Chr. 179
- HÉRON J., *L'apport du droit de l'entreprise au droit judiciaire privé*, in *Colloque du 25^{ème} anniversaire de la FNDE*, JCP. CDE 1997/2, p. 25
- HILAIRE J., *Une histoire du concept d'entreprise*, Archive de philosophie du droit 1997.341
- HONORAT A., *La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur*, in *Etudes offertes à André Audinet*, PUF 1968, p. 227
- HONORAT J., *La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux*, RS. 1999.577
- HOUIN R., *Les incapacités*, RTDCiv. 1947.383
- HOVASSE H., *Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social*, Droit et Patrimoine avril 2001, p. 76
- HUGLO Chr., *20 ans après l'échouement de l'Amoco-Cadiz ou les trésors juridiques de l'épave*, GP. 1998.1, doct. 754
- JAMIN Chr., *Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur 1999, p. 125
- JAROSSON Ch., *Convention d'arbitrage et groupes de sociétés*, in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilité*, avant-propos Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Colloque du LERADP Lille II et EDHEC, LGDJ 1994, p. 53
- JAUFFRET C., *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, JCP. 1967, I, 2065
- JEANCOLAS C., *L'arrêt Elletronica Sicula S.p.A. (ELSI) du 20 juillet 1989 (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, RGDIP. 1990.701
- JEANTIN M., *La cession massive des titres d'une société et la transmission du fonds de commerce dont la société est propriétaire au regard du droit privé*, JCP. N, 1988, Prat. 608
- JEANTIN M., *Société et non lucrativité*, in *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Colloque de Fontevraud (15-16 octobre 1981), sous la direction de L. RICHER, collection

- Travaux et Recherches, série Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales d'Angers, *Economica* 1983, p. 17
- JENNINGS R. W., *Insider Trading in Corporate Control in the USA*, in *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, t. II, p. 397
- JENSEN M. C., MECKLING W. H., *Theory of the firm : managerial behavior, agency cost and ownership structure*, *Journal of Financial Economics* 1976.305
- JESTAZ Ph., *Rapport de synthèse*, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ. 1988.1181
- JESTAZ Ph., RTDCiv. 1980.180
- JÈZE G., *Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit administratif français*, RDP. 1923.58
- JOSSERAND L., *Essai sur la propriété collective*, in *Livre du centenaire du Code civil*, Paris 1904, p. 357
- KAHN J., *La reconnaissance d'utilité publique*, in *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, NDCE, n° 4879, La documentation française 1989
- KATES D., *Derivative v. Individual Actions in Close Corporation Context : Crosby v. Beam*, *University of Cincinnati Law Review*, Fall 1990, p. 643
- KAY J., *The Stakeholder Corporation*, in G. KELLY, D. KELLY, A. GOMBLE (ed.), *Stakeholder Capitalism*, Mac Millan, PERC, St Martin's, Londres, New York, 1997, p. 125
- KAYSER P., *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, RTDCiv. 1971.445
- KETCHEDJIAN D., *L'entreprise et le droit fiscal : un nouveau sujet de droit ?*, *Rev. de Sc. financière* 1974.415
- LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, *Zeitschrift für das Handelsrecht* t. XXX, 1884, p. 469
- LACOUR L., *Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-ils pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ?*, JS. 1913, art. 2215, art. 2222, art. 2237
- LAFOND J., *L'abus de majorité dans les assemblées de copropriété*, *Administrer* janvier 1988, p. 14
- LAGARDE G., *Propos d'un commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ?*, in *Etudes offertes à A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille 1974, p. 429
- LAMBERT G., *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise*, in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. II, PUAM 1979, p. 77
- LANDERS J. M., *Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy*, Université of Chicago LR 1976.527
- LARGUIER J. ., *Action individuelle et intérêt général (quelques réflexions sur le juge pénal et l'action civile)*, in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguency*, Sirey 1964, p. 87
- LARROUMET Chr., *L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis*, JCP. 1976, I, 2812.
- LARROUMET Chr., *La fiducie inspirée du Trust*, D. 1990, Chr. 119
- LASSALAS Chr., *L'actionnariat des salariés*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, PU de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand-LGDJ 2001, p. 165
- LAVAGNE A., *Attribution de biens à une personne morale inhabile à recevoir une libéralité*, D. 1983, Chr. 211
- LE CANNU P., *A propos des GIE non immatriculés*, B. Joly 1987.825
- LE CANNU P., *Inexistence et nullité des sociétés fictives*, B. Joly 1992, § 274
- LE CANNU P., *L'abus de minorité*, B. Joly 1986.429
- LE CANNU P., *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions*, B. Joly 1995, § 227
- LE CANNU P., *Obligations remboursables en actions : les enseignements de l'arrêt Métrologie international*, B. Joly Bourse 1995, § 50
- P. LE CANNU, *Les organes du groupe*, PA. 4 mai 2001, n° 89, p. 5
- LE GALL J.-P., BLANLUET G., *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, RS. 1992.669
- LE GOFF P., *Faut-il supprimer les sociétés à responsabilité limitée ? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés*, RIDC. 1999.593
- LE NABASQUE H., « *Un droit européen des sociétés ?* », in *Le droit privé européen*, sous la direction de P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Collection Etudes juridiques, *Economica* 1998, p. 78
- LE NABASQUE H., *Commentaire des principales dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intéressant le droit des sociétés*, PA. 5 juillet 2001, n° 133, p. 3

- LE NABASQUE H., *Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires*, RJDA. 3/95, p. 200
- LE NABASQUE H., *La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs*, RJDA. 1995.432
- LE NABASQUE H., *Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières*, 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. 417
- LEADER S., *Les intérêts des syndicats, les intérêts individuels et les intérêts du public : une analyse*, in *Droit et intérêt*, volume 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE, FUSL Bruxelles 1990, p. 383
- LECLERC Fr., *Que reste-t-il des nullités des sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing (CJCE 13 novembre 1990) ?*, RJCom. 1992.321
- LEGEAIS R., *L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés*, RTDCom. 1957.289
- LEGROS J.-P., *La nullité des décisions de la société*, RS. 1991.275
- LEMPEREUR Cl., *Cessions de majorité et protection des minoritaires en droit comparé*, RPS. 1978.91
- LEPAULLE G., *L'Aryanisation des Entreprises*, GP. 1943.2, doct. 1
- LEPELTIER D., *Apports et reprise d'apport dans les associations*, B. Joly 1997, § 191
- LEQUETTE Y., *La nationalité française dévaluée*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-éd. du Juris-Classeur 1999, p. 349
- LEQUETTE Y., *Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil*, in *Etudes dédiées à Alex Weil*, Dalloz-Litec 1983, p. 371
- LEROY J.-P., *La majorité du comité d'entreprise*, RPDS. 1989.241
- LETTS J. S., *Sales of Control, Stock and the Rights of Minority Shareholders*, The Business Lawyer 1971.631
- LIÉBERT-CHAMPAGNE M., *Transparence fiscale des sociétés de personnes et imposition personnelle des associés*, RJF. 4/87, p. 207
- LINDON R., *La famille accordéon*, JCP. 1965, I, 1965
- LOMBOIS Cl., *Commentaire de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, D. 1966, partie législative, p. 93
- LOUIS-LUCAS P., *Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés*, JCP. 1953, I, 1104
- LOUSSOUARN Y., *Du caractère confiscatoire des mesures prises par l'Etat algérien à l'encontre des intérêts français*, D. 1969, Chr. 241
- LOUSSOUARN Y., *Le droit d'établissement des sociétés*, RTDE. 1990.229
- LOWRY J., *In Defence of Salomon : Promoting the Corporate Veil*, in *Developments in European Company Law*, Vol. 2/1997, B. A. K. RIDER et M. ANDENAS (ed.), préf. D. FABER, Kluwer International 1997
- LUCAS F.-X., *Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom*, in *Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche 2000
- F.-X. LUCAS, *Les filiales en difficulté*, PA. 4 mai 2001, n° 89, p. 66
- LUCAS H.-J., *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, RTDCom. 1969.891
- LUCHAIRE Fr., *La « nationalité » des associations*, in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Voirin*, LGDJ 1966
- LUTTER M., *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, RS. 1981.697
- LYON-CAEN A. et G., *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droits de l'entreprise*, préf. de J. M. MOUSSERON et B. TEYSSIÉ, FNDE, Bibl. dr. de l'entreprise, librairie technique 1978
- LYON-CAEN A., *Le comité d'entreprise institution de représentation du personnel*, DO. 1986.355
- LYON-CAEN Ch., *Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises*, JDI. 1917.5
- MAGNIER V., *Principes relatifs au gouvernement d'entreprise*, JCP. E 1999, p. 1165
- MAGNIN Fr., *Le point sur la garantie due par le cédant de parts de sociétés immobilières de construction-attribution*, RDI. 1982.474
- MAINGUY D., *Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée*, RS. 1996.17
- MALAURIE Ph., *Les actions de société immobilières dans la communauté de meubles et acquêts*, D. 1972, Chr. 269

- MANES P., *La teoria des lifting the veil of incorporation in Inghilterra*, Contratto e impresa 1999.718
- MARGUÉNAUD J.-P., *Les libéralités à caractère collectif*, in *Droit patrimonial de la famille*, collection Dalloz Action, Dalloz 1998
- MARON A., ROBERT J.-H., *Cent personnes morales condamnées*, D. Pén. 1998, Chr. 28
- MARTIN D., *Le droit de l'indivision*, D. 1977, Chr. 221
- MARTIN R. et J., *L'action collective*, JCP. 1984, I, 3162
- MARTIN R., *La naissance de la copropriété*, Annales des loyers 1990, p. 1032
- MARTIN R., *Personne et sujet de droit*, RTDCiv. 1981.785, n° 21
- MARTIN X., *L'insensibilité des codificateurs à l'altruisme*, RHD 1982.589
- MARTIN-SERF A., *L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse*, in *Procédures collectives et droit des affaires. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche 2000, p. 143
- MAUDUIT G., VIANDIER A., *Le capitalisme au XXI^e siècle, vers quels rapport entre management et capital ?*, Dalloz Affaires 1998.698
- MAURY J., *Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives*, in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. I, LGDJ Sirey 1938, p. 421
- MAYAUD Y., *Les violences non intentionnelles après la loi du 10 juillet 2000*, RSC. 2001.156
- MAYAUD Y., *Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000)*, D. 2000, Chr. 603
- MAYER D., *Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptées par Michel Jeantin*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 291
- MAZEAUD A., *Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : vers une réécriture des articles L. 122-12 et L. 122-12-1 du Code du travail ?*, D. 1998, Chr. 106
- MAZEAUD H., *La lésion d'un «intérêt légitime juridiquement protégé» condition de la responsabilité civile*, D.1954 chr. 39.
- MAZEAUD H., *Une famille sans chef*, D. 1951, chr. 141
- MENJUCQ M., *Transfert international de siège social*, JCP. E. 1999, p. 1617
- MENJUCQ M., *La mobilité des entreprises*, RS. 2001.210
- MENJUCQ M., *La circulation internationale des sociétés*, PA. 4 mai 2001, n° 89, p. 33
- MERLIN J., *Liberté syndicale et spécialité syndicale (à propos des syndicats Front national Pénitentiaire et Front National de la Police)*, D. Soc. 1998.565
- MESTRE J., *L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)*, RS 1989.399
- MEVORACH N., *Le patrimoine*, RTDCiv. 1936.811
- MEYER ALAUZEN M., *La notion fiscale de personnalité morale en Droit français*, DF. 1966, n° 31-36 et n° 37
- MEYNIAL Ed., *Le caractère juridique de la communauté entre époux*, RTDCiv. 1903.811
- MICHAÉLIDÈS-NOUAROS G., *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, RTDCiv. 1966.216
- MIGUEL HERRERA C., *Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie en politique*, in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, sous la direction de O. BEAUD et de P. WACHSMANN, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, PUS 1997, p. 325
- MILMAN D., *From servant to stakeholder : protecting the employee interest in company law*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, ed. by D. FELDMAN and F. MEISEL, Lloyd's of London press 1996, p. 147
- MONDANGE C., *La transparence de la personnalité morale dans le droit anglais des sociétés anonymes*, RIDC. 1980.573
- MONNET J., *Les effets des apports en associations*, Actes pratiques n° 58, juillet-août 2001, p. 53
- MONTANIER J.-C., *L'autorisation de justice en droit matrimonial (proposition pour une nouvelle interprétation de l'article 217 du Code civil)*, RTDCiv. 1984.1
- MORVAN P., *L'impuissance du législateur à endiguer la responsabilité pénale en matière d'infractions involontaires (première application de la loi du 10*

- juillet 2000 par la Cour de cassation), D. Soc. 2000.1075
- MOTULSKY H., *De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, in *Ecrits*, t. 3, *Etudes et notes de droit international privé*, préf. H. BATIFFOL et Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz 1978, p. 5
- MOULOUNGUI C., *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales (nouveau code pénal)*, RTDCom. 1994.441
- MOUNIER E., *Faut-il refaire la Déclaration des Droits ?*, Esprit 1944.118
- MOUNIER E., *Révolution personnaliste et communautaire*, in *Refaire la Renaissance*, collection Point Seuil 2000
- NAVARRO J.-S., *Standards et règle de droit*, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ. 1988.833.
- NIBOYET J.-P., *Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés ?*, RCDIP. 1927.402
- NICOD C., *L'action en justice pour la défense des intérêts communs des obligataires*, RS. 2000.491
- OPPETIT B., *La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions*, JCP. 1970, I, 2361
- OPPETIT B., *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, RS. 1978.631
- OPPETIT B., SAYAG A., *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, RS. 1973.577
- ORIANNE P., *Les standards et les pouvoirs du juge*, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ. 1988.1037
- PACLOT Y., *Remarques sur le démembrement des droits sociaux*, JCP. E, I, 674
- PACLOT Y., *Synthèse de droit des affaires*, avec la collaboration de S. MOISDON et de G. DE LAPASSE, in *Sociologie du patrimoine. La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE, rapport remis à la Chancellerie 1995
- PAILLUSSEAU J., *La cession de contrôle : une unification de la jurisprudence est-elle possible*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1995
- PAILLUSSEAU J., CONTIN R., *La cession de contrôle (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes)*, JCP. 1969, I, 2287
- PAILLUSSEAU J., *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, D. 1999, Chr. 157
- PAILLUSSEAU J., *L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir*, RIDEco. 1990.289
- PAILLUSSEAU J., *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, JCP. 1986, I, 3242.
- PAILLUSSEAU J., *La cession de contrôle*, JCP. 1986, I, 3224
- PAILLUSSEAU J., *La fiscalité de la cession de contrôle*, D. 1984, Chr. 207
- PAILLUSSEAU J., *La modernisation du droit des sociétés commerciales. « Une reconception du droit des sociétés commerciales »*, D. 1996, Chr. 287
- PAILLUSSEAU J., *Le Droit moderne de la personnalité morale*, RTDCiv. 1993.705
- PAILLUSSEAU J., *Les fondements modernes du droit des sociétés*, JCP. 1984, I, 3148
- PARKINSON J. E., *The contractual theory of the company and the protection of non-shareholder interests*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, D. FELDMAN, F. MEISEL (ed.), Lloyd's of London Press 1996, p. 121
- PARKINSON J., *Company Law and Stakeholder Governance*, in G. KELLY, D. KELLY, A. GOMBLE (ed.), *Stakeholder Capitalism*, Mac Millian, PERC, St Martin's, Londres, New York, 1997, p. 142
- PASCUAL I., *La prise en compte de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTDCom. 1998.273
- PATARIN J., *La double face du régime juridique de l'indivision*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec 1990, p. 331
- PATARIN J., *Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence dans les règlements de successions*, in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Voirin*, LGDJ 1966, p. 627.
- PATARIN J., *Rapport français*, in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Travaux de l'association Henri Capitant 1969, t. XXI, Dalloz 1974, p. 36
- PATAULT A.-M., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la nature juridique de la personne morale*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*,

- rationalité ou scandale ?, CNRS-Université d'Orléans, PUF 1988, p. 151
- PATAULT A.-M., *La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie*, Droits 1993, n° 17, p. 79
- PATTARO E., *Conduite, Droit subjectif et intérêt*, in *Droit et intérêt*, Vol. 1, Publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 1990, p. 319
- PAYNOT-ROUVILLOIS A., *Personnalité morale et volonté*, Droits 1999, n° 28, *La volonté*, p.17
- PEISER G., *La dissolution par décret des associations et groupements politiques français*, D. 1963, Chr. 59
- PÉLISSIER J., *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz 1981, p. 275
- PÉLISSIER J., *Le rôle du chef d'entreprise dans le fonctionnement interne du comité d'entreprise*, D. Soc. 1979, sp. 83
- PÉLISSIER J., *Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF. 1992
- PELLERIN J., *La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé*, RTDCom. 1981.471
- PELTIER F., *La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance américaine*, RDBB. mars-avril 1997, p. 49
- PENDLETON A., *Stakeholders as Shareholders : The Role of Employee Share Ownership*, in *Stakeholder Capitalism*, G. KELLY, D. KELLY, A. GOMBLE (ed.), Mac Millan, PERC, St Martin's, Londres, New York, 1997, p. 169
- PERCEROU J., *La liquidation du passif héréditaire en droit comparé spécialement en droit allemand*, RTDCiv. 1905.811
- PERCEROU J., *La liquidation du passif héréditaire en droit français*, RTDCiv. 1905.535
- PERCEROU J., *La nationalité des sociétés (Essai sur l'état actuel de la question en France)*, Annales de droit commercial 1926.5
- PERRODET A., *Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire*, RTDCom. 1999.1
- PETIT B., REINHARD Y., *Responsabilité civile des dirigeants*, RTDCom. 1997. 282
- PETIT F., *Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales*, Dalloz Affaires 1998.826
- PIC P., *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, Annales de droit commercial 1906, p. 153
- PIC P., *De la simulation dans les actes de sociétés*, DP. 1935, Chr. 33
- PIÉDELIÈVRE A., *Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement*, GP. 1982.1.doct. 85
- PINIOT M. Ch., *Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non cumul des actions de droit commun et du droit des procédures collectives*, RJDA. 1995.639
- PIOT A., *Observations sur l'objet des sociétés commerciales du point de vue de la théorie de l'institution*, Rev. crit.1930.451
- PIROVANO A., *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, Chr. 189
- PLAGNET B., *La définition du « patrimoine fiscal » des sociétés en participation. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 juillet 1979*, RS. 1980.233
- PLANTAMP D., *Le critère de la cession de contrôle*, RTDCom. 1999.819
- POISSON E., *Le changement de régime matrimonial (article 1397 du Code civil)*, RTDCiv. 1969.469
- PONSARD A., *Remarques sur le principe majoritaire dans les syndicats de copropriétaires d'appartements (Esquisse d'une comparaison avec les règles applicables aux assemblées d'actionnaires, d'obligataire et de porteur de part de fondateurs)*, in *Dix ans de conférences d'agrégation. Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz 1961, p. 269
- PONTIER J.-M., *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D. 1998, Chr. 327
- PONTON-GRILLET D., *La famille et le droit fiscal*, D. 1987, Chr. 123
- POSNER R. A., *The Rights of Affiliated Corporations*, Université of Chicago LR 1976.499
- POTENTIER Ph., *L'apport aux associations*, JCP. N 1997, p. 831
- PRADEL J., *L'avant-projet de révision du Code pénal (partie générale)*, D. 1977, Chr. 115
- PRADEL J., *Le nouveau code pénal (partie générale)*, ALD. 1993.163

- PRENTICE D. D., *Protecting minority shareholder's interests : recent developments with respect to sections 459-461 of the companies act 1985*, in *Corporate and commercial law : modern developments*, ed. by D. FELDMAN, F. MEISEL, Lloyd's of London Press 1996, p. 79
- PRIÉTO C., *Evénements affectant la personne de la société contractante*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM. 1997, p. 81
- PRIEUR J., *Droit des contrats et droit des sociétés*, in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec 1997, p. 371
- RAFFRAY J.-G., SÉNÉCHAL J.-P., *Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision*, JCP. N 1985, I, p. 129
- RAKOTOVAHINI M.-A., *L'intérêt collectif des créanciers obstacles au droit de créance individuel*, PA. 27 décembre 1999, p. 6
- RANDOUX D., *La spécialisation des sociétés*, in *Etudes dédiées à Alex Weil*, Dalloz-Litec 1983, p. 471
- D. RANDOUX, *L'unanimité des associés*, in *Liber amicorum Georges Daublon*, Defrénois 2001
- RAY J.-E., *Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles*, D. Soc. 1998.347
- REBOUL N., *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, RS. 2000.425
- RECQ J.-G., SCHRÖDER A., *La responsabilité de l'associé unique ou majoritaire en Allemagne*, RS. 1994.43
- RECQ J.-G., SCHRÖDER A., *La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (Arrêt du Bundesgerichtshof du 23 sept. 1991)*, RS. 1992
- REESE W. L. M., KAUFMAN E. M., *The law governing corporate affairs : choice of law and impact of full faith and credit*, Columbia Law Review 1958.1118
- REHBINDER E., in *Le droit international privé des groupes de sociétés*, Georg Genève 1973, p. 126
- REMERY J.-P., *Droit maritime : un an de jurisprudence de la cour de cassation*, RJDA. 7/99, p. 587, n° 6.
- RÉMERY J.-P., *La saisie conservatoire des navires dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *Rapport de la Cour de cassation 1995*, La documentation Française 1996, p. 181
- RÉMOND BIED C., VERCHEYRE GRARD C., *Cession de droits sociaux : la nouvelle jurisprudence favorable au cessionnaire déçu*, RJDA. 1996.831
- RÉMOND-GOUILLOUD M., « *L'émanation maritime* » ou comment faire céder l'écran de la personnalité morale d'un armement d'Etat, DMF. 1986.333
- RÉMOND-GOUILLOUD M., *L'avenir du patrimoine*, Esprit novembre 1995, p. 59
- RÉMOND-GOUILLOUD M., *L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité*, DMF. 1992.451
- RÉMY P., *Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire*, D. O. 1999.269
- REYMOND DE GENTILE M.-J., *Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimonial*, JCP 1973, I, 2558
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1946
- RIPERT G., *La loi de la majorité dans le droit privé*, in *Mélanges juridiques dédiés à M. Le professeur Sygiyama*, Tokyo 1940, p. 351
- RIVES-LANGES J.-L., *L'abus de majorité*, in *La loi de la majorité*, n° spécial de la RJC., novembre 1991, p. 65.
- ROHART J.-S., *Faut-il se méfier de l'apparence ? Les saisies conservatoires des navires apparentés*, DMF. 1988.499
- ROHART J.-S., *La saisie de navires apparentés : suite et fin ?*, DMF. 1994.339
- ROUAST-BERTHIER P., *Société fictive et simulation*, RS. 1993.725
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963
- ROUX D., *La spécificité de la cession de contrôle*, RS. 1980.49
- RUBELLIN-DEVICHI J., *L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général*, JCP. 1965, I, 1922
- RUET C., *La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels*, D. Pén. 2001, Chr. 1
- SAINT ALARY-HOUIN C., *Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil*, RTDCom. 1979.645
- SAINT-ALARY-HOUIN C., *Les dangers pour les créanciers de l'époux in bonis de l'ouverture d'une procédure collective contre son conjoint*, PA. 26 août 1998, n° 102, p. 16
- SAINT-ALARY-HOUIN C., *Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire. Unité ou dualisme ?*, in

Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz 1999, p. 453

SAINTOURENS B., *Les causes des nullités des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes*, B. Joly 1991, § 41 et § 59

SAINTOURENS B., *Les sociétés d'exercice libéral*, RS. 1991.707

SALEILLES R., *De la cession de dettes*, Annales de droit commercial 1890.1

SALEILLES R., *Etudes sur les sociétés en commandite*, Annales de droit commercial 1895, p. 10 sqq., p. 64 sqq et 1897

SALEILLES R., *Le droit au nom individuel dans le Code civil pour l'Empire allemand. Note sur l'article 12 du Code civil allemand*, Rev. crit. 1900.94

SALEILLES R., *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, Annales de droit commercial 1899.82

SAMUEL G., « *Le droit subjectif* » and *English Law*, Cambridge Law Journal 1987, p. 264

SAMUEL G., *La notion d'intérêt en droit anglais*, in *Droit et intérêt*, Vol. 3, Publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 1990, p. 405

SATANOWSKY M., *Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce*, RIDC. 1955.726

SAUVAGE Fr., *Le passif successoral*, in *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action 1998, Dalloz 1998

SAVATIER J., *A propos de l'action en justice des comités d'entreprise*, (Soc., 18 mars 1997), D. Soc. 1997.544

SAVATIER J., *Formalisme et consensualisme dans la constitution des syndicats et des sections syndicales*, D. Soc. 1989.304

SAVATIER J., *L'action en justice d'un comité de groupe en contestation de la cession d'une filiale*, D. Soc. 1990.322

SAVATIER J., *L'élection d'administrateurs salariés dans les sociétés anonymes*, D. Soc. 1989.641

SAVATIER J., *La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel*, D. Soc. 1991.40

SAVATIER J., *La fiducie en droit français*, in *Travaux de la semaine internationale de droit*, Sirey 1937

SAVATIER J., *La notion de représentativité des syndicats en droit français*, in *Etudes juridiques en*

l'honneur de Monsieur le professeur Marie-Louis Beaulieu, Les Cahiers de Droit 1967-68, p. 437

SAVATIER J., *La représentation des salariés dans les organes de la société anonyme après la loi du 25 juillet 1994*, D. Soc. 1995.33

SAVATIER J., *Le comité d'entreprise doit-il être consulté sur une cession d'actions réalisant une cession de contrôle de l'entreprise ?*, D. Soc. 1978.369

SAVATIER J., *Les conflits entre comité d'entreprise et employeur sur la gestion des œuvres sociales*, D. Soc. 1979, sp. 71

SAVATIER J., *Les décisions d'un comité d'entreprise de se retirer d'un comité interentreprises : modalités de vote et notification aux parties intéressées*, D. Soc. 1995.261

SAVATIER J., *Les délégués syndicaux dans l'entreprise (loi du 27 décembre 1969) Première jurisprudence de la Cour de cassation*, D. Soc. 1970.236

SAVATIER J., *Les délibérations du comité d'entreprise*, D. Soc. 1983.395

SAVATIER J., *Les relations patrimoniales entre l'entreprise et le Comité d'entreprise*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à J. Derrupé*, GLN-Joly Litec 1991, p. 257

SAVATIER J., *Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale*, D. Soc. 1997.347

SAVATIER J., *Reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct au regard du droit des comités d'entreprise*, D. Soc. 1992.39 (CE., 15 mai 1991 et Soc., 15 mai 1991)

SAVATIER J., *Vote du président et pouvoirs de la majorité dans les délibérations du comité d'entreprise*, D. Soc. 1989.206 (obs. sur Soc., 22 novembre 1988 et Soc., 4 novembre 1988)

SAVATIER R., *La condition en droit international privé des personnes morales dans les divers décrets-lois français de 1939*, RCDIP. 1939.418

SAVATIER R., *La Condition en droit international privé, des personnes morales dans les divers décrets-lois français de 1939*, RCDIP. 1939.418

SAVATIER R., *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTDCiv. 1934.526

SAVAUX E., *La personnalité morale en procédure civile*, RTDCiv. 1995.1

SCHMIDT D., *De l'intérêt commun des associés*, RDBB. 1994.204

- SCHMIDT D., *De l'intérêt social*, RDBB. 1995.130
- SCHMIDT D., *La responsabilité dans les relations de groupes de sociétés*, RS. 1981.725
- SCHMIDT D., *Les définitions du contrôle d'une société*, in RJC. 1998, n° spécial *La prise de contrôle d'une société*, novembre 1998, p. 9
- SCHMIDT D., *Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle*, D. 1972, Chr. 223
- SEFFERT M.-C., *Le caractère civil ou commercial de la cession de parts et d'actions de société*, RJC. 1972.267
- SÉNÉCHAL J.-P., *Indivision et redressement judiciaire*, Def. 1992, art. 15265
- SÉNÉCHAL J.-P., *Le droit des procédures collectives à l'épreuve de la réforme des régimes matrimoniaux*, B. Joly 1995, § 69
- SÉRIAUX A., *La notion juridique de patrimoine*, RTDCiv. 1994.800
- SÉRIAUX A., *Etre ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile*, Droit de la famille, Hors-série décembre 1999, p. 10
- SERLOOTEN P., *Brèves réflexions sur l'utilité actuelle du régime de transparence fiscale des sociétés de personnes*, JCP. E, 1999, p. 1477
- SERLOOTEN P., *De la prétendue personnalité fiscale de l'entreprise individuelle*, D. 1984, Chr. 175
- SILANCE L., *La personne juridique réalité ou fiction*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, travaux du CNRL, publiés par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Bruxelles 1974, p. 278
- SIMLER Ph., *Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives*, PA. 17 juin 1998, n° 72, p. 28
- SOINNE B., *Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines*, PA 6 décembre 1995, p. 12
- SOINNE B., *La situation des biens de communauté en cas de redressement ou de liquidation judiciaires*, PA. 19 juillet 1996, n° 87, p. 23
- SOINNE B., *Le bateau ivre*, PA. 16 mai 1997, p. 4
- SOINNE B., *Unité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines : péripétie ou point final ?*, PA. 12 juin 1998, n° 70, p. 22
- SOLUS H. P., *Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942*, RTDCiv. 1943.81
- SORTAIS J.-P., *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, RJC. 1977.85 et 1977.121
- SOUSI G., *Intérêt du groupe et intérêt social*, JCP. CI 1975, I, 11916
- SOUSI G., *Les conventions conclues entre une association et ses administrateurs*, JCP. 1991, I, 3485
- STERN B., *La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elletronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse*, JDI. 1990.897
- STORCK M. et P., *Les biens communs dans les procédures de redressement judiciaire*, in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber Amicorum*, PUS. LGDJ. 1994, p. 449
- STORCK M., *Définition légale du contrôle d'une société*, RS. 1986.385
- STORCK M., *L'exécution sur les biens des époux*, PA. 12 janvier 2000, n° spécial *Les réalisations d'actif dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, p. 12
- STRANGAS J., *Les implications philosophiques de la notion de sujet de droit*, Archives de philosophie du droit 1989, t. 34, *Le sujet de droit*, p. 123
- STROWEL A., *A la recherche de l'intérêt en économie, de l'utilitarisme à la science économique néoclassique*, in *Droit et intérêt*, Vol. 1, *Approche pluridisciplinaire*, Publication des facultés universitaires Saint Louis Bruxelles 1990
- SUPIOT A., *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTDCom. 1985.621
- SUPIOT A., *La réglementation patronale de l'entreprise*, D. Soc. 1992.215
- SWEENEY J. M., *Droits des Etats-Unis*, in *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, LGDJ 1960, p. 97
- TAFFOREAU P., *De la possession d'un droit d'auteur par une personne morale*, Communication-Commerce électronique 2001, Chr. 10
- TELLIER Fr., *Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social*, RHFD 1999, n° 20, p. 149
- TERRÉ Fr., *La distinction de la société et de l'association*, in *Mélanges Secrétan*,

- Imprimerie Corbaz, Montreux 1964, p. 325
- TERRÉ Fr., *Les sociétés civiles professionnelles (commentaire de la loi du 29 novembre 1966)*, JCP. 1967, II, 2103
- TERRÉ Fr., *Réflexions sur la notion de nationalité*, RCDIP. 1975.197
- TESTU F.-X., *L'indivision successorale*, in *Le droit patrimonial de la famille*, collection Dalloz Action, Dalloz 1998
- TESTU F.-X., *Sur la nature de l'indivision*, D.1996 Chr. 176
- TEYSSIÉ B., *L'entreprise en droit du travail*, Archives de Philosophie du droit 1997.355
- TEYSSIÉ B., *Personnes, entreprises et relations de travail*, D. Soc. 1988.374
- THÉRY R., *L'intérêt de la famille*, JCP. 1972, I, 2485
- THÉRY R., *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, D.1953, Chr. 47
- THOMAS Y., *Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain)*, Archives de philosophie du droit 1980, p. 413
- R. B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: an Empirical Study*, Cornell Law Review 1991.1036
- TILQUIN Th., *L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis*, RPS. 1998/5, n° 6734
- TRICOT B., *L'agrément administratif des institutions privées*, D. 1948, Chr. 25
- TRICOT D., *Abus de droit dans les sociétés commerciales. Abus de majorité et abus de minorité*, RTDCom. 1994.617.
- TROCHU M., JEANTIN M., LANGÉ D., *De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés*, D. 1975, Chr. 7
- TROTABAS L., *Les rapports du droit fiscal et du droit privé*, DH. 1926, Chr. 29
- TRUCHET D., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: retour aux sources et équilibre*, in CONSEIL D'ETAT, Rapport public 1999, *L'intérêt général*, EDCE. n° 50, la documentation Française 1999, p. 361
- TUNC A., *La société anonyme et l'intérêt général*, in *Jalons. Dits et écrits d'André Tunc*, Société de législation comparée 1991, p. 309
- TUNC A., *Le gouvernement d'entreprise au Royaume-Uni*, in *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, collection le droit des affaires, Litec 1997, p. 419
- TUNC A., *Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux Etats-unis et au Royaume-Uni*, RIDC. 1994.59
- TUNC A., *Le rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées*, RIDC. 1996.647
- TUNC A., *Standards juridiques et unification du droit*, RIDC. 1970.247
- VALÉRY J., *La personnalité morale des sociétés de commerce reconnues par le législateur*, Rev. crit. 1927.411
- VALÉRY J., *Maison de commerce et fonds de commerce*, Annales de droit commercial 1902.209 et 269
- VALUET J.-P., *Fonds de pension américains: incidences de leur politique d'actionnariat sur les sociétés françaises*, B. Joly Bourse 1996, §1
- VAN COMPERNOLLE J., *La personnalité morale: réalité ou fiction juridique?*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, travaux du CNRL, publiés par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Bruxelles 1974
- VAN RYN J., VAN OMMESLAGHE P., *Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales*, RCJB 1981.261, n° 27
- VANARD R., *La théorie de l'intérêt dans l'assurance*, RGAT.1932.695
- VASSEUR M., *Des responsabilités encourues par le banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficultés*, Banque 1976.479
- VASSEUR M., *La mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1976*, Banque 1976.367
- VATINET R., *L'expression des salariés*, in *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 395
- VATINET R., *Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés: vers une « contre réforme » de l'entreprise?*, D. Soc. 1997.608
- VAUVILLÉ Fr., *Indivision sur procédure collective ne vaut*, JCP. N. 2000, p. 1357
- VEAUX D., VEAUX-FOURNERIE P., *La représentation mutuelle des coobligés*, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 547
- VEAUX D., VEAUX-FOURNERIE P., *Les surprises de la tierce opposition*, in *La terre, la famille, le juge. Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, collection Etudes et recherches, Série Faculté de droit et de science politique de Rennes, Economica 1990, p. 409

- VÉNANDET G., *La responsabilité pénale des personnes morales dans l'avant projet de Code pénal*, RTDCom. 1978.731
- VERDIER J. M., *Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales*, D. Soc. 1991.5
- VERDIER J.-M., in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes. Etudes de droit commercial*, sous la direction et avec une préf. de J. HAMEL, Dalloz 1955, p. 181
- VERDIER J.-M., *Les effets du non dépôt de ses statuts par un syndicat*, D. Soc. 1978.380
- VERDIER J.-M., *Réalité, authenticité et représentativité syndicales*, in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique 1974, p. 571
- VERDIER J.-M., *Syndicats et droit syndical*, in *Droit du travail*, publié sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, t. 5, Vol. 1, 2^{ème} éd., Dalloz 1987
- VÉRON M., *Du contrat préalable à l'abus de confiance*, D. Pén. 1995, Chr. 21
- VIALARD A., *La saisie conservatoire des navires affrétés*, DMF. 1994.305
- VIALARD A., *Personnalité morale des sociétés d'armement et apparentement abusif des navires saisis*, DMF. 1996.467
- VIANDIER A., *La loi créant une distribution gratuite d'actions et le droit des sociétés*, RS. 1981.475.
- VIANDIER A., *Les contrats conclu intuitu personae face à la fusion des sociétés*, in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec 1998, p. 193
- VIANDIER A., *Les nouveaux fonds communs de placement (Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979)*, RS. 1980.241
- VICHNIEVSKY L., *Bilan sommaire de la mise en œuvre de la répression à l'encontre des personnes morales*, RSC. 1996.289
- VIDAL D., *La personnalité morale des sociétés entre réalité et fictivité : de quelques développements récents*, Revue des Huissiers 1993.137
- VILLEY M., *L'idée du droit subjectif et les systèmes de droit romain*, RHD 1946.201
- VINCENT J., *Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage*, Rev. crit. 1932.284
- VINEY G., *Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français*, JCP. 1996, I, 3900
- VINEY G., *Vers un élargissement de la catégorie des « personnes dont on doit répondre » : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil*, D. 1991, Chr. 157
- WAGNER E., *L'image juridique du personnel de l'entreprise*, in *Sur l'entreprise et le droit social. Etudes offertes à J. Barthélémy*, Droit du travail et sécurité sociale, hors série 1994
- WAHL A., *De la transformation des sociétés*, JS. 1910, art. 1922, art. 1930, art. 1936
- WAHL A., *Situation des sociétés de nationalité ennemie ou composées de sujets ennemis*, JS. 1916.153
- WALLET P., *Sociétés de construction-attribution. Aspects juridiques et fiscaux*, Joly 1997
- WATINE-DROUIN C., *Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis*, RTDCiv. 1988.267
- WEISSBERG K., MOISSINAC M.-C., *Piercing the Corporate Veil in France*, International Financial Law Review July 1987, p. 33
- WICKER G., DEBOISSY Fl., *La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux*, RTDCiv. 2000.225
- WORMSER I.M., *Piercing the Veil of Corporate Entity*, Columbia LR 1912.496
- ZÉNATI Fr., CŒURET A., RTDCiv. 1989.162 et 165
- ZÉNATI Fr., observations sur la loi du 23 juillet 1987, RTDCiv. 1987.803

Jurisprudence

- Colmar, 20 mars 1813, S. 1813.2.280.
- Aix, 27 janvier 1825, DP. 1826.2.131
- Paris, 9 août 1831, S. 1831.2.259
- Req., 13 février 1834, S. 1834.1.205
- Civ., 2 juin 1834, S. 1834.1.603
- CR., 6 juin 1842, S. 1842.1.483, conclusions DUPIN
- Foss v Harbottle (1843), *150 Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 273
- Civ., 18 décembre 1844, DP. 1845.1.15
- Civ., 22 novembre 1852, S. 1853.1.73.
- Req., 23 août 1853, DP. 1855.1.59
- Req., 11 décembre 1854, DP. 1854.1.49
- Civ., 5 mars 1856, S. 1856.1.517
- Civ., 30 décembre 1857, DP. 1858.1.21

La transparence accidentelle

- CR., 16 janvier 1858, arrêt Moinet, S. 1858.1.9, note L.-M. DEVILLENEUVE ; DP. 1858.1.5 ; H. CAPITANT, Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 11^{ème} éd., Dalloz 2000, n°89
- Civ., 30 août 1859, DP. 1859.1.365
- Civ., 21 février 1860, DP. 1860.1.129
- Civ., 18 avril 1860, S. 1860.1.306, note G. MASSÉ ; DP. 1860.1.185
- Req., 1^{er} août 1860, S. 1865.1.865
- Req., 16 janvier 1861, in B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, préf. de H. BATIFFOL, 3^{ème} éd., Dalloz 1998, n° 5
- Civ., 12 avril 1864, S. 1864.1.153
- Crim., 24 décembre 1864, S. 1866.1.454
- Civ., 4 décembre 1866, DP. 1866.1.470 ; S. 1867.1.5, note A. BOURGUIGNAT
- Civ., 8 juillet 1868, DP. 1868.1.480
- Paris, 16 avril 1870, DP. 1870.2.121
- Civ., 20 juin 1870, DP. 1870.1.416 ; S. 1870.1.373
- Req., 8 janvier 1872, DP. 1872.1.194
- Civ., 6 février 1872, D. 1872.1.101.
- Civ., 15 janvier 1873, DP. 1873.1.249
- Req. 9 juin 1874, DP. 1876.1.387
- Req., 10 décembre 1878, DP. 1879.1.5, note CH. BEUDANT
- Req., 17 janvier 1881, S. 1881.1.126
- Civ., 28 décembre 1881, S. 1883.1.465
- Req., 21 février 1883, S. 1884.1.361, note J.-E. LABBÉ
- Crim., 8 mars 1883, S. 1885.1.470
- Nancy, 16 avril 1883, S. 1888.2.91, note E. CHAVEGRIN
- Paris, 6 mai 1885, DP. 1886.2.25, note Ed. THALLER
- Req., 30 novembre 1886, S.1887.1.401, rapport BALLOT-BEAUPRÉ, note J.-E. LABBÉ.
- Civ., 28 décembre 1886, S. 1887.1.213
- Civ., 25 mai 1887, DP. 1887.1.289 ; S. 1888.1.162, note Ch. LYON-CAEN
- Req., 15 novembre 1887, S. 1888.1.410
- Caen, 9 juillet 1889, DP. 1890.2.137, note LOYNES
- Lyon, 28 janvier 1890, DP. 1892.2.33, note A. BOISTEL
- Civ., 12 août 1890, DP. 1890.1.457 ; Annales de droit commercial 1890.2.200, note Ed. THALLER
- Req., 10 novembre 1890, DP. 1892.1.8.
- Req., 23 février 1891, D. 1891.1.331 ; S. 1892.1.73, note MEYNIAL
- Req., 2 mars 1892, S. 1892.1.497, note MEYNIAL
- Paris, 31 mai 1892, DP. 1893.2.249, note P. PIC
- Paris, 12 août 1892, S. 1897.1.186
- Civ., 31 janvier 1893, DP. 1893.1.513, note C. KOEHLER
- Amiens, 16 février 1893, DP. 1894.2.67
- Chambéry, 21 juin 1893, DP. 1894.2.157
- Dijon, 30 juin 1893, S. 1894.2.85, note R. SALEILLES
- Req., 2 janvier 1894, S. 1894.1.129, note Ch. LYON-CAEN
- Civ., 19 juillet 1894, DP. 1895.1.125
- Req., 29 octobre 1894 , DP. 1896.1.145, note Ed. THALLER
- Civ., 26 novembre 1894, JDI. 1895.117 ; DP. 1895.1.57, note Ed. THALLER
- Req., 28 janvier 1895, S. 1896.1.417, note A. WAHL
- Amiens, 13 mars 1895, DP. 1895.2.553, note M. PLANIOL
- Req., 30 juillet 1895, DP. 1896.1.132
- Req., 31 juillet 1895, DP. 1896.1.260
- Civ., 28 octobre 1895, S. 1897.1.289, note A. WAHL
- Req., 29 novembre 1897, DP. 1898.1.108
- Salomon v A Salomon & Co (1897), 150 *Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 20
- Req., 29 mars 1898, JDI. 1898.756 ; DP. 1899.1.595
- Rouen, 4 décembre 1901, JDI. 1902.802
- Civ., 13 juin 1904, DP. 1905.1.25, note J. PERCEROU ; S. 1906.1.385, note A. WAHL
- Civ., 7 février 1905, S. 1906.1.15
- Nancy, 23 juin 1906, S. 1908.2.137, note J. PERROUD
- Civ. 17 juillet 1907, DP. 1908.1.11
- CR., 5 décembre 1907, DP. 1908.1.113, note A. COLIN ; S. 1908.1.5, note Ch. LYON-CAEN ; H. CAPITANT, Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 11^{ème} éd., Dalloz 2000, n° 117.
- CE., 20 mars 1908, Recueil p. 283
- T. Civ. Lille, 21 mai 1908, S. 1908.2.177, note R. DEMOGUE
- Req., 29 juin 1908, D. 1910.1.233, note J. PERCEROU
- Civ., 4 août 1909, DP. 1910.1.153, note L. DURAND ; CR., 11 mars 1914, DP. 1914.1.257, note L. S.
- Paris, 22 mars 1911, S. 1912.2.65, note A. WAHL
- Douai, 17 mai 1911, S. 1912.2.1, note CHAVEGRIN
- Civ., 3 janvier 1912, Annales de droit commercial 1913.223, note Ed. THALLER
- Civ., 26 novembre 1912, DP. 1913.1.377, note Ed. THALLER

La transparence accidentelle

- Req., 24 décembre 1912 (arrêt Frécon), DP. 1915.1.45 ; S. 1914.1.201
Civ., 4 mars 1913, DP. 1913.1.321, note L. ROLLAND, conclusions SARRUT
CR., 5 avril 1913, DP. 1914.1.65, note L. S.
Crim. 18 octobre 1913, S. 1920.1.321
11 mars 1914, DP. 1914.1.257, note L. S.
Aix, 19 mai 1915, RCDIP. 1917.305
Req., 20 juillet 1915, D. 1916.1.44
Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre Rubber (Great Britain) Ltd. (1916) rendu par la Chambre des Lords, *150 Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 4 ; RCDIP. 1916.260
Paris, 27 février 1917, RCDIP. 1917.305
Civ., 23 juillet 1918, DP. 1918.1.52 ; S. 1921.1.289, note E. CHAVEGRAIN
Civ., 5 novembre 1918 et Civ., 28 novembre 1916, S. 1920.1.49, rapport FALCIMAIGNE, conclusions SARRUT, note A. MESTRE
CE., 21 mars 1919, Recueil p. 299, conclusions RIBOULET
Nancy, 17 mars 1920, DP. 1920.2.65, note J. APPLETON ; DP. 1923.1.20
Tribunal Mixte arbitral Franco-Allemand, 31 août 1920, JDI. 1923.595
Req., 22 décembre 1920, S. 1922.1.369, note R. MOREL
Req., 27 mai 1921, JDI. 1923.323, note J. P.
Tribunal Mixte arbitral Franco-Allemand, 30 septembre 1921, JDI. 1923.600, note H.E.B.
Aix, 16 janvier 1922 et Paris 10 novembre 1922, S. 1923.2.127, note H. ROUSSEAU.
Cour suprême des Etats Unis, 5 juin 1922, D. 1922.2.153, note Ed. LAMBERT
Civ., 5 juillet 1922, S. 1924.1.353, note H. SOLUS ; D. 1923.1.113, note H. CAPITANT
Req., 10 novembre 1922, S. 1926.1.305, note H. ROUSSEAU
CR. 15 juin 1923, S. 1924.1.49, note E. CHAVEGRIN, rapport A. BOULLOCHE ; D. 1924.1.153, conclusions L. MÉCHILLON, note L. ROLLAND
Civ., 4 juillet 1923, S. 1925.1.81, note J.-P. NIBOYET
Tribunal Mixte arbitral Franco-Allemand, 27 octobre 1923, S. 1924.2.25, note J. HAMEL
T. Civ. Seine, 17 décembre 1924, DH. 1925.282
Poitiers, 28 décembre 1925, S. 1926.2.65, note A. ESMEIN
Caen, 3 juin 1926, GP. Table 1925-1930, V° *Action en justice*, n° 9 et 10.
Crim., 18 février 1927, S. 1928.1.291
T. Civ. Seine inférieure, 4 avril 1927, D. 1928.2.164, note R. BEUDANT
Req., 24 décembre 1928, S. 1929.1.121, note J.-P. NIBOYET
Req., 13 mai 1929, S. 1929.1.289, note H. ROUSSEAU ; JS. 1930.145, note M. GÉGOUT
Civ., 25 novembre 1929, DH. 1930.1
Civ., 20 janvier 1930, DH. 1930.179 ; S. 1930.1.181, note Fr. GÉNY
Paris 9 avril 1930, S. 1930.2.116
Req., 30 octobre 1930, S. 1947.1.45, note R. PLAISANT
Req., 12 mai 1931, DP. 1936.1.121, note Ed. SILZ ; RCDIP. 1932.129
Req., 9 février 1932, S. 1932.1.177, note H. ROUSSEAU
Civ., 24 février 1932, DH. 1932.235 ; S. 1932.1.321, note Fr. GÉNY
T. Civ. Nice, 23 avril 1932, DH. 1932.342
Civ., 25 juillet 1933, DP. 1936.1.121, note Ed. SILZ ; RCDIP. 1934.109, note J.-P. NIBOYET
Nîmes, 1^{er} juillet 1933, DP. 1934.2.49, note M. FRÉJAVILLE ; S. 1934.2.129, note G. LAGARDE
Paris, 13 avril 1934, DP. 1936.2.121, note PIC
Req., 2 juillet 1934, S. 1935.1.49, note H. ROUSSEAU
T. Civ. Pau, 4 juillet 1934, GP. 1934.2.398
Cass. Belgique, 12 novembre 1934, S. 1935.4.5
Civ., 21 novembre 1934, S. 1936.1.289, note H. ROUSSEAU
TC., 14 janvier 1935, S. 1935.3.17, note R. ALIBERT
Pau, 2 mars 1936, RCDIP. 1937.153
Besançon, 27 mai 1936, RS. 1937.11, note G. CANTENOT
Civ., 27 mai 1936, DH. 1936.395
T. Civ. des Andelys, 8 juillet 1937, DH. 1937.542
Civ., 27 juillet 1937, D. 1938.1.5, note R. SAVATIER
Crim., 6 avril 1938, B. Crim., n° 111
Req., 19 août 1940, JCP. 1941, II, 1625, note D. BASTIAN
Req., 26 août 1940, Penant 1945.1.59
Civ., 4 juin 1941, S. 1942.1.129, note H. BATIFFOL
T. Civ. Seine, 10 juillet 1941, GP. 1941.2.216

La transparence accidentelle

- Req., 12 janvier 1942, JCP. 1942, II, 1913, note D. BASTIAN
- Civ., 10 février 1942, DA. 1942, Somm. 5
- T. civ. Lyon, 24 février 1942, DC. 1944.88, note J. CARBONNIER
- Paris, 21 octobre 1942, GP. 1942.2.229 ; RTDCiv. 1943.49, obs. J. CARBONNIER
- Caen, 13 novembre 1942, DC. 1944.88, note J. CARBONNIER
- Civ., 28 juin 1943, D. 1945.120, note J.-P.
- Paris, 23 juillet 1943, DC. 1944.88, note J. CARBONNIER
- Nancy, 4 novembre 1943, DC. 1944.88, note J. CARBONNIER
- Req., 16 novembre 1943, S. 1947.1.1, note R. HOUIN ; JCP. 1944, II, 255, note P. LESCOT
- Poitiers, 2 février 1944, JCP. 1944, II, 2644, note M. FRÉJAVILLE
- Dijon, 22 mars 1944, DC. 1944.88, note J. CARBONNIER
- Soc., 14 décembre 1944, S. 1946.1.105, note R. PLAISANT
- Civ., 7 janvier 1946, D. 1946.132 ; S. 1947.1.32 ; JCP. 1947, II, 2999, note A.C.
- Nancy, 19 juillet 1946, D. 1947.525, note A. C.
- T. Civ. Caen, 29 juin 1948, S. 1949.2.77, note G. LIET-VAUX
- T. Civ. Toulouse, 7 décembre 1948, D. 1949.79
- Soc., 20 février 1949, D. 1951.73, note H. DESBOIS ; JCP. 1950, I, 5419, note R. CAVARROC
- Rouen, 26 juillet 1949, RCDIP. 1951.629, note Y. LOUSSOUARN.
- Paris, 21 décembre 1949, D. 1950.434, note H. DONNEDIEU DE VABRES
- Lyon, 9 janvier 1950, RTDCiv. 1950.246, obs. P. HÉBRAUD
- AP., 1^{er} mars 1950, D. 1950.363
- T. Civ. Lannion, 9 mai 1950, D. 1951.230, note R. SAVATIER ; JCP. 1951, II, 6274, note G. LIET-VAUX ; RTDCiv. 1950.534, n° 3, obs. P. HÉBRAUD ET P. RAYNAUD
- T. Civ. Metz, 16 juin 1950, D. 1950, Som. 60
- T. Civ. Metz, 13 juillet 1950, JCP 1952, II, 6812, note D. BASTIAN
- Civ., 5 mars 1951, JCP. 1951, II, 6496, note J.-Ch. LAURENT
- Soc., 29 juin 1951, BC., III, n° 540
- T. Corr. Seine, 2 novembre 1951, JCP. 1951, II, 6701, note J. LARGUIER ; D. Soc.1952.181, note J. KREHER
- T. Civ. Seine, 13 mars 1952, GP. 1952.1.372
- T. Civ. Meaux, 23 avril 1952, D. 1952.431
- Aix, 3 juillet 1952, RCDIP. 1953.842
- Com., 8 juillet 1952, D. 1952.773, note J. COPPER-ROYER
- Com., 21 juillet 1952, D. 1952.773, note J. COPPER-ROYER
- Com., 4 août 1952, JCP. 1952, II, 7180, note P. LESCOT
- T. Civ. Seine, 6 novembre 1952, RTDCiv. 1953.366, obs. critiques P. HÉBRAUD ; RTDCiv. 1953.349, obs. H. SOLUS ; GP. 1953.1.108
- Amiens, 2 décembre 1952, GP. 1953.1.123 ; RTDCiv. 1953.366, n° 5, obs. P. HÉBRAUD
- Civ., 6 février 1953, S. 1954.1.157
- Rennes, 2 février 1953, JCP. 1953, II, 7449
- Soc., 8 octobre 1953, P. HÉBRAUD, *Le contrôle juridictionnel des actes du comité d'entreprise*, D. Soc. 1954.342
- Crim., 24 novembre 1953, D. 1954.237, note G. LEVASSEUR ; JCP. 1954, II, 8156, note J. LARGUIER
- Soc., 9 janvier 1954, RTDCiv. 1954.343, obs. P. HÉBRAUD
- Com., 23 juin 1954, BC., III, n° 232
- Civ. I, 5 juillet 1954, BC., I, n° 227
- Civ., 12 octobre 1954, D. 1955. 697, note COPPER-ROYER
- Com., 13 décembre 1954, JCP. 1955 CI, II, 55508, obs. L. H.
- Cass. Belgique, 19 février 1955, *Revue critique de jurisprudence belge* 1955.295, note S. DAVID
- Soc., 5 avril 1955, D.Soc. 1955.487, Ph. WAQUET, *Le niveau d'appréciation du licenciement économique* (p. 482), note G. LYON-CAEN (p. 489) ; JCP. 1955, II, 22443, note G. PICCA
- Civ., 21 novembre 1955, JCP. 1955, II, 9004
- Perlman v. Feldmann (2d Cir. 1955), A. H. FREY, J. H. CHOPER, N. E. LECH, C. R. MORRIS, *Cases and materials on corporations*, 2^{ème} éd., Little Brown and Company, Boston-Toronto 1977, p. 1227
- Com., 16 janvier 1956, BC., III, n° 240
- Com., 17 janvier 1956, D. 1956.265, note R. HOUIN ; JCP. 1956, II, 9601, note R. GRANGER
- Crim., 12 juin 1956, D. 1956.577
- Com., 6 février 1957, JCP. 1957, II, 10325, obs. D. B.
- Crim., 7 mai 1957, B. Crim., n° 376

La transparence accidentelle

- Besançon, 5 juin 1957, D. 1957.605, note A. DALSACE
Com., 10 décembre 1957, BC. 342 ; RS. 1958.38, note J. AUTESSERE
T. Civ. Seine, 26 février 1958, GP. 1958.1.325, conclusions Ph. SOULEAU
Paris, 10 juin 1958, D. 1958. 735, note VOIRIN, S. 1958.311.
Civ. I, 17 juillet 1958, D. 1958.169
T. Corr. Seine, 14 novembre 1958, D. 1959.568, note P. BONNASSIES
Civ. I, 19 novembre 1958, S. 1959. 121, note J. AUTESSERRE ; JCP. 1959, II, 11023, note J. DERRUPPÉ
Com., 19 janvier 1959, D. 1959.260.
Crim., 24 février 1959, JCP. 1959, II, 11095, note J. PIERRON ; RTDCiv. 1959.534, obs. H. MAZEAUD
Paris, 28 février 1959, S. 1959.134, note A. DALSACE
Crim., 4 novembre 1959, B. Crim., n° 463, RTDCiv. 1960.310, n° 31 obs. H. et L. MAZEAUD ; D. 1960.81
Crim., 5 novembre 1959 (deux arrêts), B. Crim., n° 467 et 470 ; D. 1960.80 (1^{er} arrêt)
Crim., 19 novembre 1959, B. Crim., n° 499 ; D. 1960.463 ; S. 1960.283, note F. L. ; JCP. 1960, II, 11448, note P. CHAMBON ; RTDCiv. 1960.314, note H. et L. MAZEAUD.
TC., 23 novembre 1959, D. 1960.223, note R. SAVATIER ; RCDIP. 1960.180, note Y. LOUSSOUARN ; JCP. 1960, II, 11430, note P. AYMOND ; JDI. 1961.442, note B. GOLDMAN
Paris, 16 mai 1960, JCP. 1960, II, 11763, note Chr. GAVALDA
T. Civ. Seine, 28 juin 1960, RTDCom. 1961.385, n° 3, obs. R. HOUIN
Com., 18 avril 1961 : D.1961.661 ; JCP. 1961, II, 12164, note D. B. ; GP. 1961.2.15 ; RTDCom. 1961.634, obs. R. HOUIN
TGI. Saint-Nazaire, 10 octobre 1961, JCP. N, II, 12555
Soc., 18 octobre 1961, BC., V, n° 868
Com., 8 novembre 1961, BC., III, n° 402 ; RTDCom. 1962.422, obs. R. RODIÈRE, R. HOUIN
Paris, 19 décembre 1961, D. 1962.476, note P. ESMEIN ; S. 1962.224 ; JCP. 1962,II, 12519, note R. DÉSIRY
Civ. I, 9 janvier 1962, D. 1962.219, note P. ESMEIN
CE., 4 juillet 1962, Recueil p. 455
Besançon, 5 juillet 1962, GP. 1962, II, 213, obs. R. RODIÈRE
CJCE., 13 juillet 1962, Mannesmann, Recueil, p. 675
Paris, 29 novembre 1962, D. 1963.648, note J.-M. VERDIER
T. Civ. Seine 14 avril 1963, RTDCiv. 1963. 575, obs. J.-D. BREDIN ; JCP. 1963, II, 13244, note P. ESMEIN
Pau, 3 juillet 1963, JCP. 1963, II, 13427, note P. VOIRIN
T. civ. Seine 3 juillet 1963, JCP. 1963, II, 13448, conclusions Ph. SOULEAU
Crim., 5 novembre 1963, D. 1964.52
Paris, 18 février 1964, JCP. 1964, II, 13598, note R.D.
CE., 17 avril 1964, Commune d'Arcueil, Rec. 230
Crim., 23 avril 1964, B. Crim., n° 127
Civ. I, 22 juillet 1964, BC., I, n° 410
Com., 27 octobre 1964, D. 1965.129, note M. CABRILLAC ; RTDCom. 1965.179 et 183, obs. R. HOUIN ; JCP 1964, II, 13968, note J. A.
Soc., 2 décembre 1964, D. 1965.112, note G. LYON-CAEN
Civ. II, 25 février 1965, D. Soc. 1965.508, note J. SAVATIER
Com., 16 mars 1965, D. 1966.63
Paris, 19 mars 1965, RCDIP. 1967.85, note P. LAGARDE ; JDI. 1966.117, note B. GOLDMAN
Com., 5 avril 1965, BC., IV, n° 260
Soc., 5 avril 1965, BC., IV, n° 303
Paris, 22 mai 1965, JCP. 1965, II, 14274 bis, conclusions NEPVEU ; RS. 1965.288, mêmes conclusions ; GP. 1965.2.86 ; RTDCom. 1965.619, obs. R. RODIÈRE ; *Grands arrêts du droit des affaires*, sous la direction de J. MESTRE, E. PUTMAN, D. VIDAL, obs. S. FARNOCCHIA, Dalloz 1995, n° 44 ; D. 1968.147, note R. CONTIN ; R. CONTIN, *L'affaire Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968, Chr. 45
Cass. Belge, Civ. I, 12 novembre 1965, RCDIP. 1967.506, note Y. LOUSSOUARN ; JDI. 1967.140, note P. LELEUX
Paris, 12 mars 1966, JCP. 1966, II, 14747, note J. A. ; RTDCiv. 1966.853, obs. P. RAYNAU
Com., 22 avril 1966, BC., IV, n° 191
Cass. Belgique, Civ. I, 28 avril 1966, Revue critique de jurisprudence belge 1968.34, note L. FRANÇOIS
TGI. Annecy, 13 mai 1966, RTDCiv. 1967.379, obs. R. NERSON ; GP. 1967.2.87 ; G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 34
Paris, 14 mai 1966, D. 1966.531 ; RTDCiv. 1966.834, obs. J.-D. BREDIN

La transparence accidentelle

- TGI. Saintes, 10 juin 1966, D. 1967.540 ; G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 33
Com., 5 décembre 1966, D. 1967.409, note J. SCHMIDT
TGI. Seine, 6 janvier 1967, in G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 135
TGI. Seine, 22 février 1967, D. 1967.626 ; G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 45
Com. 7 mars 1967, BC., III, n° 105, RTDCom. 1967.803
TGI. Chaumont, 3 avril 1967, D. 1968.291, note E. S. DE LA MARNIÈRE ; JCP. 1968, II, 15370, note J. PATARIN ; RTDCiv. 1968.354, R. NERSON ; GP. 1967.2.228, note L. BARBIER
Paris, 29 avril 1967, D. 1967, Somm. 102 ; JCP. 1967, II, 15122, conclusions FORTIER
TGI. Lille, 16 mai 1967, JCP. 1968, II, 15370, note J. PATARIN
Civ. II, 17 juillet 1967, BC., II, n°261 ; GP. 1967.2.235, note Ch. BLAEVOET ; RTDCiv., 1968.149, n° 4, obs. G. DURRY
Com., 9 octobre 1967, BC., III, n° 310
Civ. I, 13 décembre 1967, D. 1968.337, note P. L. ; RS. 1968.146
Civ. I, 14 février 1968, D. 1968.490, note A. BRETON
Civ. III, 23 mars 1968, BC., III, n° 132
Civ. III, 10 mai 1968, D. 1969.45, note Cl. GIVERDON ; RTDCiv. 1969.357, obs. J.-D. BREDIN
Civ. I, 11 juin 1968, D. 1969.1, note P. VOIRIN
Rennes, 10 juillet 1968, RTDCom. 1968.1086, obs. R. HOUIN
Com., 26 novembre 1968, BC., IV, n° 332 ; Com., 6 novembre 1968, BC., IV, n° 314 ; JCP. 1969, II, 15759
Civ. I, 10 décembre 1968, BC., I, n° 319 ; D. 1969.165 ; RTDCiv. 1969.565, obs. Y. LOUSSOUARN
Soc., 11 décembre 1968, BC., V, n°567
Soc., 16 décembre 1968, BC., V, n° 590
Poitiers 19 décembre 1968, JCP. 1969, II, 15902, note J. P.
CE., 31 janvier 1969, D. 1969.326, note V. SILVERA
Civ. III, 6 février 1969, D. 1969.434, note B. BOULOC ; RS. 1969.264, note J. G.
Soc., 12 février 1969, D. 1969.690
Paris, 27 février 1969, D. 1969, Somm. 58
Civ. I, 23 avril 1969 (quatre arrêts), D. 1969.341, conclusions BLONDEAU.
Com., 9 juin 1969, BC., IV, n° 215 ; D.1970.106, note A. PIROVANO ; RTDCom. 1971, n° 66, obs. R. HOUIN
TGI. Chaumont, 12 juillet 1969, JCP. 1969, II, 16075
TGI. Saintes, 21 octobre 1969, G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 32
Crim., 4 novembre 1969, B. Joly 1970, § 60
Com., 15 décembre 1969, BC., IV, n° 377
Com., 19 janvier 1970, BC., IV, n° 270, D. 1970.480, note G. POULAIN ; RTDCom.1970.736.
Com., 21 janvier 1970, BC., IV, n° 28 ; JCP. 1970, II, 16541, note B. OPPETIT ; RTDCom. 1970.738, obs. R. HOUIN.
Com., 26 janvier 1970, BC., IV, n° 30 ; RS. 1970.476, note J. G. ; JCP. 1970, II, 16385, note Y. GUYON ; D. 1970.643, note J. GUYÉNOT
CIJ., 5 février 1970, Recueil p. 49, Ph. FRANCESCakis, *Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux ; L'arrêt « Barcelona » de la Cour internationale de justice*, RCDIP. 1970.609
Crim., 6 février 1970, RS. 1971.25, note B. BOULOC
CM., 27 février 1970, D.1970.201, note J. COMBALDIEU ; JCP. 1970, II, 16306, conclusions R. LINDON, note PARLANGE
T. Com. Lille, 20 et 24 mars 1970, JCP. 1970, II, 16388, note J. GENSBURG ; RTDCom. 1970.491, obs. R. HOUIN
Civ. III, 9 avril 1970, BC., III, n° 234 ; D. 1970.726 ; JCP. 1971, II, 16925, note M. PETOT-FONTAINE.
CE., 17 avril 1970, D. Soc. 1970.368, conclusions M. MORISOT ; D. 1972.484, note J.-M. ETESSE
Crim., 23 avril 1970, JCP. 1972, II, 17046 ; D. 1970.444
Com., 13 mai 1970, BC. IV, n°158
Civ. III, 15 mai 1970, RS. 1971.582, note J.-P. SORTAIS
Com., 25 mai 1970, BC., IV, n° 171
Com., 16 juin 1970, *Grands arrêts du droit des affaires*, sous la direction de J. MESTRE, E. PUTMAN, D. VIDAL, Dalloz 1995, n° 47, observations A. PAULUS
Sentence du 25 novembre 1970, RJC. 1971.244, note B. LYONNET
Crim., 14 janvier 1971, D. 1971.101, rapport F. CHAPAR ; JCP. 1972, II, 17022, note H. BLIN
Lyon 17 février 1971, D. 1971, Somm. 226 ; JCP. 1971, II, 16880, note R. DÉSIRY

La transparence accidentelle

- TGI. Paris, 23 février 1971, D. Soc. 1971.460, note J. SAVATIER
Civ. I, 30 mars 1971, RCDIP. 1971.451, note P. LAGARDE ; JDI. 1972.834, note Y. LOUSSOUARN ; JCP. 1972, II, 17101, note B. OPPETIT ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, préf. de H. BATIFFOL, 3^{ème} éd., Dalloz 1998, n° 50
Aix, 7 avril 1971, RS. 1971.576, note D. SCHMIDT
CE., 28 mai 1971, Ville nouvelle Est, JCP. 1971, II, 16873, note A. HOMONT ; AJDA. 1971.463, conclusions G. BRAIBANT ; AJDA. 1971.404, note LABETOULLE et CABANES ; *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, par J. LACHAUME, PUF. 1996, p. 482
Lyon, 8 juin 1971, D. 1971.555, note M. CHAVRIER ; Def. 1972 art. 30054, note Ph. MALAURIE
Lyon, 8 juin 1971, JCP. 1973, II, 17314, note R. D.
TGI. Nevers, 13 juillet 1971, D. 1971.643, note G. B. ; G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 36
Conseil constitutionnel, décision du 16 juillet 1971, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^{ème} éd., Dalloz 1997, p. 249
Civ. II, 27 octobre 1971, BC., II, 289 ; RS. 1972.274, note B. BOULOC
Civ. II, 17 novembre 1971, BC., II, n° 316
TGI. Paris, 2 décembre 1971, DO. 1972.105 ; Paris, 6 juin 1977, DO. 1978.21
Paris, 4 décembre 1971, JCP. 1972, II, 17071, note N. CATALA
Soc., 15 décembre 1971, BC., V, n° 733
Civ. III, 8 février 1972, BC., III, n° 83 ; JDI. 1973.219, note B. OPPETIT
Colmar, 9 février 1972, D. 1973.157, note E. POISSON ; Civ. I, 6 mai 1985, D. 1985, IR. 432
Paris, 25 février 1972, D. 1972.525, note J. CALAIS-AULOY
Civ. I, 7 mars 1972, JCP. 1972, II, 17270, note Y. GUYON
Com., 7 mars 1972, BC., IV, n° 84
Com., 7 mars 1972, RS. 1973.339, note J.-P. SORTAIS
Civ. I, 18 avril 1972, BC., I, n° 104 ; JDI. 1973.219 (2^{nde} espèce), note B. OPPETIT ; RCDIP. 1972.672, note P. LAGARDE
Com., 19 avril 1972, RS. 1973.81, note J. H. Crim., 24 avril 1971, JCP. 1971, II, 1689 ; RS. 1971.608, note B. BOULOC, RTDCiv. 1971.688, note P. HÉBRAUD ; D. 1972, Somm. 4
Com., 2 mai 1972, D. 1972.618, note A. PIROVANO ; JCP. 1972, II, 17170, note J. A.
Soc., 10 mai 1972, BC., V, 310 ; RS. 1973.139
Civ. I, 16 mai 1972, RTDCiv. 1973.144, obs. G. CORNU
Civ. III, 25 mai 1972, JCP. 1972, II, 17249, note J. GHESTIN
Com., 29 mai 1972, BC., IV, n° 164.
TGI. Digne, 1^{er} juillet 1972, D. 1972, Somm. 194 ; JCP. 1973, II, note D. MAYER ; Def. 1973, art. 10311, obs. J. MASSIP ; JNA. 1973, p. 903, obs. J. VIATTE ; D. 1973.259, note C.-I. FOULON-PIGANIOL
CJCE., 14 juillet 1972, affaire des matières colorantes, RTDE. 1972.776 ; JDI. 1973.924, obs. B. GOLDMAN
Civ. III, 18 juillet 1972, D. 1972.578, rapport R. FABRE
Paris, 29 septembre 1972, D. 1975.540, note C.-I. FOULON-PIGANIOL ; JCP. 1974, II, 27620, note R. THÉRY
Com., 9 octobre 1972, BC., IV, n° 234 ; RS. 1973.475, note J. G. ; B. Joly 1973, § 48 ; D. 1973.273, note J.-J. BURST
Com., 16 octobre 1972, JCP. 1973, II, 17532, note N. BERNARD
Civ., 18 octobre 1972, RDSS. 1973.1001, obs. A. LAVAGNE
Com., 3 novembre 1972, BC., IV, n° 269 ; Com., 16 janvier 2001, C.C.C. 2001, Comm. 71, note L. LEVENEUR
Grenoble, 7 novembre 1972, GP. 1973.1.286 ; G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, op. cit., n° 48
Paris, 7 novembre 1972, JCP. 1972, II, 17448, note Y. GUYON.
Com., 12 décembre 1972, RS. 1973.306, note B. OPPETIT
11Aix-en-Provence, 19 novembre 1973, GP. 1974.1.132, RTDCiv. 1974.611, obs. G. DURRY
Com., 8 janvier 1973, BC., IV, n° 13
Com., 27 mars 1973, D. 1973.577, note F. DERRIDA ; Banque 1972.937, note L. M. MARTIN
Com., 2 juillet 1973, RS. 1974.516, note R. RODIÈRE
Bordeaux, 3 juillet 1973, B. Joly 1973, § 189
Paris, 7 juillet 1973, D. 1974.123, note Chr. LAVABRE

- Civ. III, 13 novembre 1973, BC., III, n° 575
 Civ. III, 21 novembre 1973, D. 1974.251, note F. E. ; JCP. 1974, II, 17636, note E.-J. GUILLOT
 Crim., 28 novembre 1973, D. 1974.170
 Civ. III, 11 décembre 1973, JCP. 1974, II, 17659, note E.-J. GUILLOT
 TGI. Paris, 1^{er} mars 1974, AJPI. 1974.811, note J.-R. BOUYEURE
 Com., 19 mars 1974, BC., IV, n° 241 ; D. 1975.124, note J.-P. SORTAIS ; RS. 1974.245, note A. HONORAT ; RTDCom. 1975.628, n° 8, obs. R. HOUIN et E. LE GALL
 T. Corr., Paris 16 mai 1974, RS. 1975.657, obs. B. O. ; D. 1975.37
 TI. Paris, 12 juin 1974, RTDCiv. 1975.573, n° 10, obs. Cl. GIVERDON.
 Com., 9 octobre 1974, BC., IV, n° 241 ; D. 1975.124, note J.-P. SORTAIS ; RS. 1974.245, note A. HONORAT ; RTDCom. 1975.628, n° 8, obs. R. HOUIN et E. LE GALL
 Com., 18 novembre 1974, RS. 1975.652, note D. RANDOUX
 Com., 17 décembre 1974, BC., IV, n° 327 ; JCP. 1975, II, 18057, note A. LUCAS
 Civ. III, 15 janvier 1975, BC., III, n° 18
 AP., 14 février 1975, D. 1975.439 ; RTDCom. 1975.472, obs. M. PÉDAMON
 Com., 24 février 1975.92, note B. OPPETIT
 Civ. III, 22 mai 1975, BC., III, n° 174 ; JCP. 1976, II, 18346, note D. RANDOUX
 Civ. I, 25 mai 1975, D.1976.318, note G. VINEY ; RTDCiv. 1976.147, obs. G. DURRY
 Crim., 27 mai 1975, B. Crim., n° 133
 Aix, 18 juin 1975, RJC. 1976.95, note J. CALAIS-AULOY
 Crim., 19 juin 1975, D. 1975.679, note A. TUNC.
 Paris, 24 juin 1975, GP. 1976.1.243
 Paris, 8 juillet 1975, RS. 1976.114, note J. G.
 Com., 15 juillet 1975, BC., IV, n° 207
 Com., 7 octobre 1975, RS. 1976.131, note J.-P. SORTAIS
 Crim., 25 novembre 1975, RS. 1975.655, note B. BOULOC ; JCP. 1976, II, 18476, note M. DELMAS-MARTY
 Com., 16 décembre 1975, RS. 1976.504, note A. HONORAT ; D. 1978.292, note H. TEMPLE
 Crim., 16 décembre 1975, B. Crim., n° 269
 6Civ. I, 6 janvier 1976, BC., I, n°4, D. 1976.253, note A. PONSARD ; JCP. 1976, II, 18461, note J. PATARIN ; RTDCiv. 1976.537, obs. R. NERSON ; JNA. 1976, art. 53105, obs. J. V.
 CE., 7 janvier 1976, Recueil p. 776
 Com., 7 janvier 1976, D. 1976.277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; RTDCom. 1976.171, obs. M. CABRILLAC, J.-L. RIVES-LANGE ; RJC. 1976.401, note A. BRUNET ; RS. 1976.126, note A. HONORAT ; Banque 1976.560, note L. M. MARTIN ; M. VASSEUR, *La mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1976*, Banque 1976.367 ; JCP. 1976, II, 18327, note Chr. GAVALDA et J. STOUFFLET ; J. GHESTIN, *La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976 déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse)*, JCP. 1976, I, 2786 ; GP. 1976.1.412, note B. BOULOC ; L. M. MARTIN, *Après l'arrêt du 7 janvier 1976*, RJC. 1978.151.
 Com., 12 janvier 1976, RS. 1976.330, obs. Ph. MERLE
 Civ. III, 20 janvier 1976, RS. 1977.671, note J.-P. GASTAUD
 Civ. I, 21 janvier 1976, BC., I, n° 31 ; RTDCiv. 1977.376, obs. R. PERROT
 Civ. III, 4 février 1976, BC., III, n° 46
 Com., 16 février 1976, BC., IV, n° 49
 Civ. I, 24 février 1976, D. 1976, IR 133 ; RDSS. 1976.694, obs. A. LAVAGNE
 Com., 22 avril 1976, RS. 1976.479, obs. D. SCHMIDT ; D. 1977.4, note J.-C. BOUSQUET ; M. GERMAIN, *L'abus du droit de la majorité, à propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Cour de cassation*, GP. 1976.1, doct. 157.
 TGI. Paris, 10 mai 1976, D. 1978.596, C.-I. FOULON-PIGANIOL.
 Com., 28 juin 1976, JCP. 1977, II, 18700, note J.-J. BURST
 Paris, 20 décembre 1976, D. 1978.373, note E. AGOSTINI
 Com., 17 janvier 1977, BC., IV, n° 15 ; D. 1977, IR. 311, obs. J.-Cl. BOUSQUET
 Civ. III, 28 janvier 1977, RS. 1978.281, note B. BOULOC ; JCP. N 1978, II, p. 37, note P. MEYSSON
 Crim., 8 février 1977, B. Crim., n° 52
 Lyon 17 mars 1977, GP. 1978.1, Somm. 40
 Com., 28 mars 1977, RS. 1978.119, note J.-P. SORTAIS
 Crim., 28 avril 1977, B. Crim., n° 144

La transparence accidentelle

- Amiens, 9 mai 1977, Def. 1978, art. 31530, n° 97, obs. G. CHAMPENOIS ; GP. 1978.2.390, note M. M.
Soc., 13 octobre 1977, D. 1978.350, note A. LYON-CAEN
Com., 15 novembre 1977, BC., IV, n° 265
Civ. III, 17 janvier 1978, BC., III, n° 41 ; D. 1978, IR. 321, obs. Chr. LARROUMET ; RTDCiv. 1978.655, obs. G. DURRY
CE. section, 20 janvier 1978, AJDA. 1979.37, conclusions DENOIX DE SAINT MARC
Crim., 2 mars 1978, D. Soc. 1978.375 ; J. SAVATIER, *Le comité d'entreprise doit-il être consulté sur une cession d'actions réalisant une cession de contrôle de l'entreprise ?*, D. Soc. 1978.369 ; JCP. 1979, II, 19052, note Ph. SALVAGE ; RS. 1979.553, note B. BOULOC
Soc., 21 mars 1978, BC., V, n° 224
Paris, 8 mai 1978, RS. 1978.711, note D. SCHMIDT ; JCP. 1979, II, 19209, note Y. GUYON
Com., 30 mai 1978, RS. 1979.361, note J.-C. BOUSQUET ; JCP. 1979, II, 19087, note Y. GUYON
Civ. III, 21 juin 1978, BC., III, n° 265
Paris, 22 juin 1978, D. 1978, IR. 421, obs. M. VASSEUR
Civ. III, 10 octobre 1978, D. 1979.581, note E. FRANK
Civ. I, 21 novembre 1978, D. 1979.365, note M. JEANTIN ; JCP. 1979, II, 19204, note J. PATARIN
Com., 28 novembre 1978, D. 1980.316, note J.-Cl. BOUSQUET
Soc., 17 janvier 1979, BC, V, n° 41 ; D. 1979, IR. 298
Civ. I, 13 février 1979, D. 1981.205, note F. ALAPHILIPPE
Civ. I, 14 février 1979, BC., I, n° 62 ; RTDCom. 1979.762, obs. E. ALFANDARIE et M. JEANTIN
TGI Dieppe, 14 février 1979, GP. 1979.2.495, note E. S. DE LA MARNIÈRE ; RTDCiv. 1980.130, obs. Cl. GIVERDON ; D. 1980, IR. 361, obs. A. BRETON
Civ. I, 6 mars 1979, JCP. 1979, IV, p. 170
Soc., 22 mars 1979, BC., V, n° 267
Com., 3 avril 1979, RS. 1980.723, note E. DU PONTAVICE
Nancy, 5 avril 1979, JCP. N 1980, II, p. 200
Civ. I, 3 juillet 1979, BC., I, n° 198
Com., 9 juillet 1979, BC., IV, n° 228
CE. ass., 13 juillet 1979, RS. 1980.101, note R. BLANCHER
Soc., 18 juillet 1979, BC., V, n° 646
Civ. I, 6 novembre 1979, D. 1980.295, note POISSON-DROCOURT ; Def. 1980, art. 32448, obs. G. CHAMPENOIS
Com. 4 décembre 1979 (2 arrêts) Paris, 26 novembre 1979, RS. 1980.323, note J.-P. SORTAIS
0Soc., 4 janvier 1980, BC., V, n° 6
Soc., 6 janvier 1980, BC., V, n° 107
Civ. I, 30 janvier 1980, D.1981, IR 34, obs. J.-Cl. BOUSQUET
RM. n° 21832 (JO du 4 février 1980), RS. 1980.350 ; JNA.1980, art. 55481 ; RTDCom. 1980.350, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN
Civ. I, 6 février 1980, RS. 1980.521, note A. VIANDIER
Com., 12 février 1980, BC., IV, n° 73
Soc., 7 mai 1980, BC., V, n° 387
Soc., 30 mai 1980, BC., V, n° 473
Civ. I, 7 octobre 1980, GP. 1981, Pan. 18
Crim., 28 octobre 1980, B. Crim., n° 281
Soc., 16 décembre 1980, BC., IV, n° 900
Soc., 29 janvier 1981, BC., V, n° 79
Rouen, 3 février 1981, Def. 1981, art. 32697, n° 74, obs. G. CHAMPENOIS ; D. 1982, IR. 236, obs. D. MARTIN ; RTDCiv. 1982.389, obs. R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI.
TGI Versailles, 25 février 1981, RPDS. 1982, Somm. 218
CE., 14 et 30 janvier 1981 et 27 février 1981, D. 1981, IR. 432, obs. Ph. LANGLOIS.
T. Com. Rouen, 10 mars 1981, D. 1981, IR. 337, obs. M. VASSEUR ; D. 1982.391, note P. AMSELEK ; RJCom. 1984.153, note J. MESTRE ; RS. 1982., note J. G. ; JCP. CI 1983, II, 11307, obs. M. CABRILLAC, M. VIVANT
Com., 4 mai 1981, RS. 1982.277, note C. PHILIPPE ; D. 1982.482, note J.-J. DAIGRE
Com., 25 mai 1981, D. 1981.643
CM., 10 juillet 1981, RS. 1982.84, note Chr. MOULY
Soc., 21 juillet 1981, BC., V, n° 724
Soc., 21 octobre 1981, BC., V, n° 811
Com., 4 janvier 1982, RS. 1983.95, note J.-J. BURST
Civ. I, 3 février 1982, BC., I, n° 61
Com., 3 février 1982, D. 1982.872, note J.-P. SORTAIS ; GP. 9-10 juillet 1982, p. 2, note J. DUPICHOT
Civ. I, 17 mars 1982, JCP. 1983, II, 20054, note R. PLAISANT
Versailles, 23 mars 1982, GP. 1983, Somm. 181 ; RTDCom. 1983.571, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN
Com., 24 mai 1982, RS. 1983.361, note J. BÉGUIN

La transparence accidentelle

- Civ. I, 25 mai 1982, BC 1982, I, n° 192 ; Def. 1983, art. 33104, n° 68, obs. G. CHAMPENOIS.
- Civ. I, 8 juin 1982, D.1983.19, note M. BEAUBRUN ; JCP. 1983, II, 20018, note M. HENRY ; Def. 1982, art. 32944, n° 76, obs. G. CHAMPENOIS
- TGI. Paris, 18 juin 1982, Def. 1983, art. 33104, obs. G. CHAMPENOIS
- Com., 18 octobre 1982, BC., IV, n° 315
- T. Com. Paris, 19 octobre 1982, RCDIP. 1984.93, note H. SYNDET
- Colmar, 20 octobre 1982, D. 1984, IR. 15, obs. F. DERRIDA.
- Com., 19 novembre 1982, RS. 1983.615, note J.-L. SIBON
- Civ. I, 8 décembre 1982, RDSS 1983.620, obs. A. LAVAGNE
- CE. Ass., 22 décembre 1982, JCP. 1983, II, 20071, note P. LOMBART
- Conseil constitutionnel, décision 82-143 DC, du 30 juillet 1982, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^{ème} éd., Dalloz 1997, n° 33
- Crim., 3 janvier 1983, D. 1984.615, note Th. RENOUX ; RTDCom. 1985.123, n° 11, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN
- Com., 24 janvier 1983, RJCom. 1984.215, note C.-H. GALLET ; JCP. CI. 1984, I, 14235, n° 15, obs. M. CABRILLAC, M. VIVANT
- Paris, 25 janvier 1983, JCP. N 1983, II, p. 157
- Civ. I, 26 janvier 1983, D. 1983.317, note A. BRETON
- Soc., 26 janvier 1983, note J. SAVATIER, *Les délibérations du comité d'entreprise*, D. Soc. 1983. 395
- Com., 31 janvier 1983, D. 1984, IR. 15, obs. F. DERRIDA
- Civ. I, 15 février 1983, BC., I, n° 61
- Aix, 2 mars 1983, D. 1984.145, note A. BRETON ; RTDCiv. 1984.343, obs. J. PATARIN ; Def. 1984, art. 33267, n° 40, obs. G. CHAMPENOIS
- Civ. I, 8 mars 1983, D. 1983.613, note A. BRETON ; RTDCiv. 1994.539, obs. J. PATARIN
- 1983Soc. 18 mai 1983, BC., IV, n° 266
- Crim., 7 juin 1983, B. Crim., n° 172 ; RS. 1984.119, note B. BOULOC
- Com., 4 octobre 1983, JCP. 1985, II, 20374, note D. VEAUX
- Civ. I, 30 novembre 1983, Juris associations 1986, n° 10, p. 13
- Crim., 7 février 1984, B. Crim., n° 41
- Civ. I, 14 février 1984, BC., I, n° 301 ; D. 1985.104, note A. BRETON ; RTDCiv. 1985.756, obs. J. PATARIN ; Def. 1985, art. 33489, n° 35, obs. G. CHAMPENOIS
- Civ. III, 6 mars 1984, BC., III, n° 60
- Com. 7 mars 1984, BC., IV, n° 94 ; DF. 1984, Comm. 1293 ; RJF. 6/84, n° 805 ; Def. 1984, art. 33406, n° 13, obs. B. JADAUD ; RS. 1985.406, note J.-P. SORTAIS ; JCP. E 1984, II, 14354, note C. DAVID ; *Les sociétés*, collection Thémis Les grandes décisions de la jurisprudence, par Y. CHARTIER et J. MESTRE, PUF. 1988, n° 5, p. 26
- Com. 7 mars 1984, BC., IV, n° 95 ; RJF. 6/84, n° 804 ; RS. 1984.804, note M. JEANTIN ; RTDCom. 1984.684, n° 2, note M. JEANTIN ; JCP. E 1984, II, 14353, note C. DAVID
- Com., 26 avril 1984, BC., IV, n° 137
- Soc., 21 juin 1984, RS. 1984.127, note M. JEANTIN
- TC. 2 juillet 1984, Rec. 449 ; D. 1984.545, note F. DERRIDA
- Com., 16 octobre 1984, BC., IV, n° 263
- Paris, 21 octobre 1984, Revue de l'arbitrage 1984.98, note A. CHAPELLE
- Civ. III, 30 octobre 1984, BC., III, n° 180 ; Revue des loyers 1985.36 ; Revue Administrer 1985.40 ; Def. 1985, art. 33481, n° 18, obs. H. SOULEAU ; RTDCiv. 1985.419, obs. Cl. GIVERDON.
- CE., 5 décembre 1984, GP. 1985.2, Pan. 268
- Lyon, 20 décembre 1984, D. 1986. 506, note Y. REINHARD
- Civ. I, 16 janvier 1985, D. 1985.317, note J.-L. AUBERT ; JCP. 1985, II, 20484, note J. CALAIS-AULOY
- Civ. III, 23 janvier 1985, BC., I, n° 16
- Crim., 4 février 1985, JCP.E 1985, I, 2085, note W. JEANDIDIER ; D. 1985.478, note D. OHL ; RS. 1985.648, obs. B. BOULOC
- TGI. Lyon (réf.), 26 février 1985, DO.1986.106
- Civ. III, 26 février 1985, GP. 1985.2.243, note Ph. JESTAZ
- Com., 26 mars 1985, D. 1985, IR. 480, obs. Y. SERRA
- TC., 22 avril 1985, Rec. 681
- Poitiers, 15 mai 1985, RS. 1986.457, obs. Y. GUYON ; B. Joly 1986, § 174
- Crim., 20 mai 1985, B. Crim., n° 190
- Civ. III, 4 juin 1985, BC 1985, III, n° 88 ; RDI 1986.108, obs. F. GIVORD, Cl. GIVERDON ; D. 1985, IR 430
- Civ. III, 9 juillet 1985, BC., III, n° 108 ; Def. 1986, art. 33694, n° 23, note H. SOULEAU ; Administrer novembre 1985, p. 34, note E. J. GUILLOT ; RDI. 1985.423

- et 1986.242, obs. F. GIVORD, Cl. GIVERDON
 CJCE., 11 juillet 1985, Remia, Rec. p. 2545
 Civ. III, 17 juillet 1985, RDI. 1986.248, obs. F. GIVORD, Cl. GIVERDON ; Administrer 1985/12, p. 40, note E. J. GUILLOT ; Def. 1986, article 33694, n° 21, obs. H. SOULEAU
 Soc., 23 octobre 1985, BC., V, n° 486 ; D. Soc. 1987.101, et le commentaire J. SAVATIER, *A propos de l'action en justice des comités d'entreprise* ; Soc., 18 mars 1997, D. Soc. 1997.544, obs. G. COUTURIER, et obs. J. SAVATIER ; RJS. 10/97, n° 1106
 Crim., 12 novembre 1985, B. Crim., n° 349
 Com., 17 décembre 1985, RCDIP. 1986.537, note H. GAUDEMET-TALLON
 Rouen, 23 décembre 1985, DMF. 1986.349
 Conseil constitutionnel, décision 86-217, du 18 septembre 1986, RS. 1986.606, note Y. GUYON
 Crim., 27 janvier 1986, B. Joly 1986, § 177.
 Orléans, 19 février 1986, Juris associations 1986, n° 24, p. 34
 Paris, 20 mars 1986, RJC. 1986.294, note Ch.-H. GALLET
 Crim., 29 avril 1986, B. Crim., n° 146
 Com., 3 juin 1986, RS. 1986.585, note Y. G
 Civ. I, 17 juin 1986, JCP. N 1986, II, p. 250, obs. Ph. SIMLER ; JCP. 1987, II, 20809, note M. HENRY
 Crim., 23 juin 1986, B. Crim., n° 218
 Civ. I, 24 juin 1986, BC., I, n° 180
 Civ. II, 21 juillet 1986, BC., II, n° 219
 Soc., 21 juillet 1986, RS. 1987.43, note Y. GUYON
 Versailles, 17 septembre 1986, D. 1987.41, note P. ESTOUP
 Paris, 15 octobre 1986, D. 1987.13, note J. HONORAT
 Civ. III, 13 novembre 1986, Administrer juillet 1987, p. 40, note E. J. GUILLOT
 Affaire Amoco-Cadiz, Espaces et ressources maritimes 1986.183, note P. BONASSIES
 CE., 2 mars 1987, RS. 1988.81, note C. DAVID
 Com., 10 mars 1987, JCP. G 1987, II, 20830, note Y. GUYON
 Orléans, 25 mars 1987, JCP. 1988 N, II, p. 63, obs. Ph. SIMLER
 Nouméa, 9 avril 1987, JCP. 1987, II, 20880, note J.-L. VIVIER
 Com., 28 avril 1987, D. 1988.341, note D. GRILLET-PONTON ; Com., 9 décembre 1997, BC., IV, n° 332 ; JCP. 1998, I, 163, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN
 CE., 11 mai 1987, Divier, Rec. 167
 Com., 2 juin 1987, BC., IV, n° 132 ; RS. 1987.629, obs. Y. GUYON
 Com., 23 juin 1987, BC., IV, n° 160 ; RTDCom. 1988.71, obs. Y. REINHARD.
 Civ. I, 21 juillet 1987, BC., I, n° 247
 Civ. I, 22 juillet 1987, BC., I, n° 258
 Versailles, 4 novembre 1987, B. Joly 1987, § 388, note D. L.
 Com., 17 novembre 1987, B. Joly 1987, § 389, D. LEPELTIER ; RS. 1988.65, note P. LE CANNU ; RTDCom. 1988.423, n° 8, obs. J. DERRUPÉ ; RTDCom. 1988.454, n° 4, obs. Y. REINHARD ; JCP. E 1988, II, 15240, n° 9, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN
 Com., 21 décembre 1987, RCDIP. 1989.344, note M.-N. JOBARD-BACHELIER ; Banque 1988.361, note J.-L. RIVES-LANGE ; RS. 1988.398, note H. SYNDET ; D. 1989.112, note J.-P. BRILL ; JCP. 1988, II, 21113, conclusion M. MONTANIER
 T. Com. Grenoble, 12 janvier 1988, RTDCom. 1988.640, n° 5, obs. Y. REINHARD ; RJC. 1988.225, note D. VIDAL
 Paris, 20 janvier 1988, Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND ; D. 1988.493, note Chr. ATIAS
 Bruxelles, 1^{er} mars 1988, Journal des Tribunaux 1988.232
 Civ. I, 1^{er} mars 1988, BC. 1988, I, n° 52 ; Def. 1988 art. 34373, note J. HONORAT ; RTDCiv. 1988.800, obs. J. PATARIN ; JCP. 1989, II, 21373, note M. BÉHAR-TOUCHAIS
 Civ. I, 1^{er} mars 1988, BC., I, n° 53 ; JCP. 1988, II, 21158, note Ph. SIMLER ; JCP. N 1988, II, p. 318, note M. ARRAULT et P. CORNILLE ; Def. 1988, art. 34289, n°67, obs. G. CHAMPENOIS
 Civ. III, 9 mars 1988, BC., III, n° 54
 Civ. III, 16 mars 1988, D. 1989.195, note Chr. ATIAS
 1988Civ. II, 20 avril 1988 (deux arrêts), BC., II, n° 87 ; D. 1988.580, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTDCiv. 1988.790, n° 15, obs. P. JOURDAIN
 TI. Paris 8^{ème} arrdt., 1^{er} juillet 1988, JCP. 1992, II, 21954 G. VINEY
 Civ. I, 6 juillet 1988, DMF. 1988.595, note J. WALOT
 Com., 11 juillet 1988, RS. 1989.45 ; RDBB. 1988.201, note M. JEANTIN et A. VIANDIER

La transparence accidentelle

- Com., 4 octobre 1988, B. Joly 1989.861, note P. LE CANNU ; RS. 1989.216, note Y. CHAPUT
- Com., 11 octobre 1988, B. Joly 1989, § 308, note P. LE CANNU
- Com., 11 octobre 1988, Journal des agrées 1989.158, note Fr. CHERCHOULY-SICARD ; B. Joly 1988, §300, note P. LE CANNU
- Soc., 13 octobre 1988, D. 1988.122, note Y. SERRA
- Versailles, 27 octobre 1988, JCP. E 1989, 15423, n° 18, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN
- Crim., 4 novembre 1988, B. Joly 1989, § 59, note M. JEANTIN
- Civ. I, 8 novembre 1988, JCP. 1989, II, 21301, note R. BRICHET
- Com., 8 novembre 1988, D. 1989, Somm. 372, obs. A. HONORAT ; RS. 1990. 71, note A. HONORAT
- Soc., 8 novembre 1988, BC., V, n° 576
- Civ. I, 29 novembre 1988, JCP. 1989, II, 21364, note F.-X. TESTU ; RTDCiv.1989.609, obs. J. PATARIN ; RTDCiv. 1990.111, obs. F. ZÉNATI
- Civ. II, 7 décembre 1988, H. GROUDEL, *Un nouveau rôle pour l'ordre public ? (à propos du recours contre les parents d'un enfant victime d'un accident)*, Responsabilité civile et assurances 1989, Chr. 6 ; ibid., Comm. 43 ; RTDCiv. 1989.335, n° 8, obs. P. JOURDAIN
- Crim., 16 janvier 1989, RS. 1989.687, note B. BOULOC
- TC., 23 janvier 1989, D. 1989.367, conclusions FLIPO, note P. AMSELEK, F. DERRIDA
- Civ. III, 8 février 1989, Rev. Loyers 1989.187 ; Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND.
- Com., 14 février 1989, BC., IV, n° 61
- Com., 14 février 1989, BC., IV, n° 66 ; RS. 1989.633, note D. RANDOUX
- Crim., 14 mars 1989, RJS. 6/89, n° 516
- Civ. I, 20 mars 1989, B. Joly 1989, § 150
- Civ. II, 20 mars 1989, BC., II, n° 76 ; RTDCom. 1990.601, obs. E. ALFANDARI
- Civ., 20 mars 1989, B. Joly 1989, § 150 ; RTDCom. 1989.479, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN
- Versailles, 23 mars 1989, GP. 1989.2. Som. 518
- Com., 27 juin 1989, BC 209 ; RDBB 1989.176, n° 2, obs. M. JEANTIN, A. VIANDIER ; D. 1990.314, note J. BONNARD ; RTDCom. 1990.50, n° 3, obs. Y. REINHARD
- Civ. III, 28 juin 1989, LC. 1989, Com. 499 ; Administrer mars 1990, p. 41, note E. J. GUILLOT
- TGI. Grenoble, 25 juillet 1989, D. 1989.536, note G. CHAMPENOIS
- Versailles, 28 septembre 1989, B. Joly 1989, § 340, note M. JEANTIN ; RTDCiv. 1990.265, obs. J. MESTRE
- Paris 12 octobre 1989, D. 1989, IR. 291
- TI. Paris 16^{ème} arrdt., 12 octobre 1989, JCP. 1992, II, 21954 G. VINEY
- Paris, 26 octobre 1989, D. 1989, IR. 300
- Civ. III, 15 novembre 1989, BC., III, n° 214
- Paris, 17 novembre 1989, LC. 1990, Comm. 104
- Paris, 22 novembre 1989, Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND ; LC. 1989, Comm. 100
- Com., 28 novembre 1989, B. Joly 1990, § 50, note D. FOUSSARD
- Com., 28 novembre 1989, RS. 1990.240 ; B. Joly 1990, § 46
- Paris 8 décembre 1989, B. Joly 1990, § 51
- Paris, 21 décembre 1989, Administrer novembre 1989, p. 46, obs. J. LAFOND
- Paris, 11 janvier 1990, B. Joly 1990, § 151
- Com., 23 janvier 1990, BC., IV, n° 23 ; RS. 1990.248, note Y. GUYON ; B. Joly 1990, § 115, note M. JEANTIN ; RTDCom. 1990.591, n° 2, obs. Y. REINHARD ; D. 1991.333, note G. VIRASSAMY ; Def. 1991, article 35041, n° 3, obs. J. HONORAT
- Soc., 24 janvier 1990, RTDCom. 1990.434, n° 21, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; PA. 16 mai 1990, p. 10, conclusions M. GAUTHIER
- Poitiers, 6 février 1990, D. 1990, Somm. 332, obs. Y. SERRA
- Com., 13 février 1990, RS. 1990.251, note P. LE CANNU ; D. 1990.470, note C. D'HOIR-LAUPRÉTRE
- Civ. III, 22 mars 1990, RDI. 1991.258, obs. P. CAPOULADE
- Versailles 22 mars 1990, JCP. 1992, II, 21954 G. VINEY
- Versailles, 29 mars 1990, B. Joly 1990, § 154, Ph. PÉTEL
- Soc., 3 avril 1990, RJS. 5/90, n° 354
- Versailles, 3 mai 1990, B. Joly 1990, § 180, note M. JEANTIN, RTDCom. 1991. 601, obs. E. ALFANDARI
- Paris 4 mai 1990, RS. 1990.449
- Com., 6 mai 1990, B. Joly 1991, § 251
- Com., 9 mai 1990, B. Joly 1990, § 183, note P. LE CANNU

La transparence accidentelle

- Soc., 9 mai 1990, BC., V, n° 210 ; JCP. 1992, II, 21889, note J. AMIEL-DONAT
Lyon, 23 mai 1990, GP. 1991.1.125, note A. PIÉDELIÈVRE
Com., 6 juin 1990, BC., IV, n° 171 ; B. Joly 1990, § 233, note P. LE CANNU ; RS. 1992.606, note Y. CHARTIER ; D. 1992.56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE
Com., 6 juin 1990, RS. 1990.620
TGI. Lyon, 22 juin 1990, RPC. 1991.467, obs. B. SOINNE
Paris, 26 juin 1990, D. Soc. 1990, Comm. 269
Paris, 26 juin 1990, JCP. 1990, II, 21589, note M. GERMAIN
Soc., 27 juin 1990, RTDCom. 1990.602, obs. E. ALFANDARI, M. JEANTIN.
Paris, 26 septembre 1990, JNA. 1991, article n° 60125, obs. E. S. DE LA MARNIÈRE
Com., 23 octobre 1990, BC., IV, n° 254 ; RS 1990.92, obs. Y. GUYON ; D. 1990, IR. 270
Civ. I, 6 novembre 1990, BC., I, n° 236 ; RTDCiv. 1991.378, obs. J. PATARIN ; RDI. 1991.33, obs. J.-L. BERGEL
Civ. III, 7 novembre 1990, LC. 1991, Comm. 41
CJCE., 13 novembre 1990, Marleasing, Rec. p. 4135 ; RS. 1991.532, note Y. CHAPUT ; JCP. E. 1990 1991, I, 67, obs. F. SERRAS ; JCP. E. 1991, II, 156, note P. LEVEL ; B. SAINTOURENS, *Les causes des nullités des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes*, B. Joly 1991, § 41 et § 59 ; Fr. LECLERC, *Que reste-t-il des nullités des sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing (CJCE 13 novembre 1990) ?*, RJCom. 1992.321
Agen, 21 novembre 1990, Dr. Soc. 1991, Comm. 427
Civ. III, 5 décembre 1990, Juridique Lamy Cassation, arrêt n° 1923
Crim., 18 décembre 1990, RJS. 2/91, n° 199
Soc., 19 décembre 1990, Droit du travail, 1991, n° 2, p. 16.
AP., 21 décembre 1990, RCDIP. 1992.70, note G. DURANTON ; D. 1991, 305, conclusions H. DOTENWILLE ; JCP. 1991, II, 21640, mêmes conclusions Adams v. Cape Industries plc [1990], 150 *Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 1
Com., 15 janvier 1991, Dr. Soc. 1991, Comm. 135
Com., 22 janvier 1991, BC., IV, n° 39 ; B. Joly 1991.398, obs. M. JEANTIN
Paris, 30 janvier 1991, JCP.1992 N, II, p. 204, obs. G. WIEDERKEHR ; Def. 1991, art. 35018, n° 30, obs. G. CHAMPENOIS.
Civ. I, 5 février 1991, BC., I, n° 45 ; RS. 1991.773, note D. RANDOUX
Com., 5 février 1991, D. 1992.28, note Y. CHARTIER
Civ. III, 13 février 1991, BC. 56
Civ. I, 19 février 1991, BC., I, n° 67
Civ. III, 6 mars 1991, BC., III, n° 84 ; RTDCiv. 1992.793, obs. Fr. ZÉNATI
AP., 29 mars 1991, JCP. 1991, II, 21673, conclusions D.-H. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; D. 1991.324, note Chr. LARROUMET
Civ. I, 4 avril 1991, D. 1992.261, note P.-Y. GAUTIER
Com., 9 avril 1991, RS. 1991.746, note R. LIBCHABER
Soc., 17 avril 1991, BC., V, n° 206 ; JCP. E 1991, II, 229, note H. BLAISE ; D. Soc. 1991.516 ; DO. 1992.139, note J. GRINSNIR
Soc., 15 mai 1991, D.Soc. 1991.619, rapport Ph. WAQUET, conclusions E. FRANCK
Limoges, 28 mai 1991, GP. 1991.2.416
Com., 2 juillet 1991, RJDA. 8-9/91, n° 703 ; RTDCiv. 1992.92, obs. J. MESTRE
Crim., 21 août 1991, D. Pén. 1992, Comm. 17, note J.-H. ROBERT
Paris, 26 septembre 1991, RTDCom. 1992.406, n° 10, obs. E. ALFANDARI, M. JEANTIN ; D. 1991, IR. 252 ; B. Joly 1991, § 354, note P. Le CANNU ; RS. 1991.817, obs. Y. GUYON
Crim., 30 septembre 1991, B. Joly 1992, § 40, note D. BARADERIE ; RS. 1992.356, note B. BOULOC.
Com., 1^{er} octobre 1991, BC., IV, n° 277 ; D. 1992.190, note G. VIRASSAMY ; RTDCiv. 1992.80, obs. J. MESTRE ; RTDCom. 1992.186, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; RTDCom. 1992.199, obs. Y. REINHARD ; Def. 1992.578, note P. LE CANNU ; JCP. 1992, II, 21860, note A. VIANDIER ; B. Joly 1991, § 352, note C. ROCA ; RS. 1992.497, note P. DIDIER ; Dr. Soc. 1992, Comm. 13, H. LE NABASQUE
Crim., 4 novembre 1991, B. Crim., n° 391.
Paris 15 novembre 1991, JCP. 1992, II, 21954 G. VINEY

- Com., 27 novembre 1991, BC. IV, n° 360 ; D. 1992.81, note F. DERRIDA ; JCP. 1992, I, 136, n° 3, observation Ph. PÉTEL
- Crim., 27 novembre 1991, B. Crim., n° 439 ; B. Joly 1992, § 128, note Y. STREIFF ; Dr. Soc. 1992, Comm. 143, note H. LE NABASQUE
- Com., 27 novembre 1991, DMF. 1992.488, note P. PESTEL-DEBORD
- Civ. I, 17 décembre 1991, BC., I, n° 355
- Com., 19 décembre 1991, JCP. N 1992, II, 347, note H. LE NABASQUE
- Crim., 19 décembre 1991, RSC. 1992.588, obs. P. BOUZAT.
- Com., 14 janvier 1992, D. 1992.337, note J.-C. BOUSQUET ; JCP. N 1992, II, p. 193, note Th. BONNEAU ; JCP. E 1992, II, 301, note A. VIANDIER ; RTDCom. 1992.636, note Y. REINHARD
- CE., 3 février 1992, Recueil p. 52
- CJCE. 10 mars 1992, B. Joly 1992, § 247, note J.-B. BLAISE ; Def. 1992, article 35382, n° 4, obs. P. LE CANNU
- Civ. III, 25 mars 1992, D. 1993.65, note E. S. DE LA MARNIÈRE
- Civ. I, 31 mars 1992, BC., I, n° 96
- Soc., 1^{er} avril 1992, BC., V, n° 223, D. Soc. 1992.481
- Paris, 21 avril 1992, DO. 1993.134, note M.-F. BIED-CHARRETON, *Le comité d'entreprise peut-il négociier* ; Soc., 17 mai 1995, DO. 1995.286, conclusions P. LYON-CAEN, note P. RENNES ; D. 1995.436, note G. COUTURIER
- Crim., 22 avril 1992, D. Pén. 1993, Comm. 115, note J.-H. ROBERT ; RS. 1993.124, note B. BOULOC
- Civ. III, 23 avril 1992, RS. 1992.763, note B. SAINTOURENS
- Soc., 14 mai 1992, JCP. 1992, II, 21889, note J. AMIEL-DONAT
- Versailles, 25 mai 1992 et Paris, 8 avril 1992, Administrer novembre 1992, p. 83, note E. J. GUILLOT
- Com. 16 juin 1992, Dr. Soc. 1992, Comm. 178, note Th. BONNEAU ; D. 1993.508, note L. COLLET ; P. LE CANNU, *Inexistence et nullité des sociétés fictives*, B. Joly 1992, § 274
- Soc., 25 juin 1992, D. Soc. 1992.710 et Conclusions R. KESSOUS, D. Soc. 1992.826
- Civ. I, 30 juin 1992, BC., I, n° 208
- Civ. I, 30 juin 1992, JCP. 1992, II, 21954
- G. VINEY
- Bordeaux, 2 juillet 1992, DMF. 1992.510 et note A. VIALARD, DMF. 1992. 623
- Com., 13 juillet 1992, JCP 1992, II, 21944, note J.-F. BARBIÉRI ; B. Joly 1992, § 353, note P. LE CANNU ; D. 1993.279, note H. LE DIASCORNE ; RS. 1993.400, note Ph. MERLE ; RTDCom. 1993.112, Y. REINHARD
- Com., 15 juillet 1992, JCP. 1992, I, 3612, obs. J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER ; RS. 1992.757, note P. LE CANNU ; B. Joly 1992, § 389 et 390, note J.-F. BARBIÉRI
- Crim., 9 novembre 1992, RS. 1993.433, note B. BOULOC ; B. Joly 1993, § 83
- Com., 12 novembre 1992, Def. 1993, art. 35531, n° 1, note P. LE CANNU ; RTDCom. 1993.285, n° 3, obs. J. DERRUPÉ
- Com., 17 novembre 1992, RS. 1993.445, note Y. CHAPUT
- Crim., 23 novembre 1992, B. Crim., n° 383
- Com., 24 novembre 1992, B. Joly 1993, § 50, note P. LE CANNU ; RDBB 1993.91, obs. M. GERMAIN, M.-A. FRISON-ROCHE ; JCP. E 1993, I, 218, n° 14, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN
- Lyon, 27 novembre 1992, RTDCom. 1993.112, obs. Y. REINHARD
- Com., 19 janvier 1993, BC., IV, n° 25 ; D. 1993.331, note A. HONORAT et J. PATARIN ; JCP. 1994, II, 22056, note Ph. PÉTEL ; JCP. 1994, I, 3733, obs. Ph. SIMLER ; Def. 1993, art. 35616, note F. DERRIDA et art. 35631, note J.-P. SÉNÉCHAL ; RTDCom. 1993.377, obs. A. MARTIN-SERF ; RPC. 1993.71, note C. SAINT-ALARY-HOUIN
- Com., 26 janvier 1993, RS. 1993.394, note Y. CHARTIER
- Com., 16 février 1993, BC., IV, n° 66
- Com., 9 mars 1993, D. 1993.363, note Y. GUYON ; RS. 1993.403
- Civ. III, 10 mars 1993, RDI. 1993.417, obs. P. CAPOULADE, Cl. GIVERDON.
- Com., 16 mars 1993, D. 1994.583, note F. DERRIDA
- Paris, 2 avril 1993, D. 1993, IR. 143 ; RDI. 1993.417, obs. P. CAPOULADE, Cl. GIVERDON.
- Civ. II, 5 mai 1993, JCP. 1993, II, 22171, note E. DU RUSQUEC ; Justices 1995-1.248, obs. G. WIDERKEHR
- AP., 7 mai 1993, BC. 1993, AP, n° 10 ; D. 1993.437, conclusions M. JÉOL ; JCP. G 1993, II, 22083, note Y. SAINT-JOURS ; JCP. E 1993, II, 470, note J. SAVATIER
- Com., 11 mai 1993, B. Joly 1993, § 305, note Ph. PÉTEL
- Crim., 14 juin 1993, B. Joly 1993, § 337, note B. SAINTOURENS
- Com., 15 juin 1993, BC., IV, n° 253 ; RS. 1993.730, note R. LIBCHABER ; Dr. Soc. 1993, Comm. 200, note Th. BONNEAU

La transparence accidentelle

- Com., 22 juin 1993, BC., IV, n° 264, D. 1993, Somm. 366, obs. A. HONORAT ; RTDCiv. 1994.888, obs. Fr. ZÉNATI
- Com., 29 juin 1993, JCP. E 1994, II, 562, note Ch. HANNOUN
- AP., 9 juillet 1993, JCP. 1993, II, 22122, conclusions M. JÉOL, note F. POLLAUD-DULIAN ; D. 1993.469, conclusions M. JÉOL, rapport M. DUMAS, note F. DERRIDA
- Paris, 13 juillet 1993, RS. 1993.874, note A. HONORAT ; B. Joly 1993, § 375, note H. LE NABASQUE
- Crim., 11 octobre 1993, RS. 1994.303, note B. BOULOC ; RPC. 1994.282, obs. J. DEVÈZE, C. MASCALA ; JCP. E 1995, I, 157, obs. Ph. PÉTEL
- Com., 12 octobre 1993, BC., IV, n° 330 ; JCP. 1994, I, 3746, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; JCP. N 1994, II, p. 270, note Th. BONNEAU ; B. Joly 1993, § 381, note M. JEANTIN ; RTDCiv. 1994.595
- Soc., 2 novembre 1993, RJS. 12/93, n° 1219
- Civ. I, 9 novembre 1993, BC., I, n° 314 ; Def. 1994, art. 15761, n° 42, obs. L. AYNÈS
- Com., 16 novembre 1993, D. 1994.57, conclusions R. DE GOUTES, rapport PASTUREL, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; JCP. 1994, I, 3759, n° 16, obs. M. CABRILLAC, Ph. PÉTEL ; Banque 1994.93, obs. Ph. GUILLOT
- Aix, 18 novembre 1993, B. Joly 1994, § 182, note C. KESSEDIAN
- Com., 30 novembre 1993, D. 1994.175, note F. DERRIDA
- Paris 30 novembre 1993, B. Joly Bourse 1994.379
- Civ. III, 15 décembre 1993, LC. 1994, Comm. 84
- Soc., 12 janvier 1994, RJDA. 2/94, n° 172 ; RJDA. 1994.126, conclusions R. KESSOUS ; JCP. E 1994, II, 580, note M. JEANTIN
- Civ. III, 2 février 1994, BC., III, n° 18
- Paris 4 février 1994, B. Joly 1994, § 121, note M. PARIENTE
- Com., 8 février 1994, RS. 1995.100, note A. HONORAT, A.-M. ROMANI ; B. Joly 1994, § 117
- Com., 1^{er} mars 1994, Dr. Soc. 1994, Comm. n° 88, note Th. BONNEAU ; Def. 1994, article 35881, n° 37, obs. H. HOVASSE ; RS. 1994.502, note Y. GUYON ; B. Joly 1994, 156, note M. JEANTIN ; RDSS. 1995.150, n° 1, obs. E. ALFANDARI
- Com., 1^{er} mars 1994, RJDA. 6/94, n° 665
- Com., 15 mars 1994, PA. 1^{er} février 1995, p. 15, note D. GIBIRILA
- Paris 6 avril 1994, Dr. Soc. 1994, Comm. 210, note H. HOVASSE
- Crim., 26 mai 1994, B. Joly 1994, § 361
- Crim., 30 mai 1994, B. Joly 1994, §323, note J.-J. DAIGRE ; RPC. 1996.137, obs. C. MASCALA ; JCP. E 1995, I, 157, obs. Ph. PÉTEL
- Paris, 5 juillet 1994, JCP. 1996, II, 22562 et 22563, plaidoiries MONTEBOURG et MONCORPS, note C. MÉCARY et F. GRAS ; D. 1995, Somm. 263, obs. Th. MASSIS ; RTDCom. 1995.157, obs. E. ALFANDARI ; D. 1996.578, note R. MARTIN
- Soc., 12 juillet 1994 (2 arrêts), RJS. 8-9/94, n° 1007
- Com., 4 octobre 1994, BC., IV, n° 278 ; Def. 1995, art. 36017, n° 2, obs. P. LE CANNU ; D. Soc. 1994, Comm. 207, obs. H. LE NABASQUE.
- Soc., 4 octobre 1994, DO. 1995.191
- Paris, 25 octobre 1994, D. 1995, IR. 8
- Civ. I, 2 novembre 1994, RS. 1995.82, note M. JEANTIN
- Com., 15 novembre 1994, BC., IV, n° 338
- Civ. I, 29 novembre 1994, B. Joly 1995, § 48, note M. JEANTIN ; RS. 1995.318, note Y. GUYON
- Civ. I, 6 décembre 1994, BC., I, n° 365 ; RTDCiv. 1995.644, obs. P.-Y. GAUTIER
- Crim., 12 décembre 1994, B. Joly 1995, § 150
- Com., 13 décembre 1994, B. Joly 1995, § 39, note P. LE CANNU ; JCP. E 1995, I, 447, n° 4, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; JCP. E 1995, II, 705, note Y. PACLOT ; RJDA. 3/95, n° 292 ; H. LE NABASQUE, *Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires*, RJDA. 3/95, p. 200
- Paris, 19 décembre 1994, LC. 1995, Comm. 182
- AP., 23 décembre 1994, BC., AP, n° 7 ; D. 1995.145, rapport Y. CHARTIER, note F. DERRIDA ; JCP. 1995, II, 22401, note D. RANDOUX ; JCP. 1995 E, II, 660, note Ph. PÉTEL ; Def. 1995, art. 36040, n° 49, note G. CHAMPENOIS, et art. 36045, note F. DERRIDA ; RJC. 1995.55, note M. STORCK ; RPC. 1995.246, n° 2, obs. B. DUREUIL ; Droit et Patrimoine février 1995, p. 65, obs. A. BÉNABENT
- Civ. I, 4 janvier 1995, BC., I, n° 2
- Civ. I, 4 janvier 1995, BC., I, n° 6 ; Def. 1995, article 36100, n° 65, obs. Ph. DELEBECQUE
- Paris 9 janvier 1995, LC. 1995, Comm. 188 ; Paris, 21 octobre 1996, LC. 1997, Comm. 60.

- Com., 24 janvier 1995, RTDCom. 1995.623, obs. B. PETIT, D. DANET ; RS. 1995.46, note M. JEANTIN
Paris, 25 janvier 1995, RJDA. 10/95, n° 1103
- Com., 31 janvier 1995, RPC. 1996.422, n° 34, obs. B. SOINNE
- Com., 7 février 1995, D. 1996.50, note R. BLASSELLE
- Crim., 8 février 1995, B. Crim., n° 95
- Com., 28 février 1995, RJDA. 7/95, n° 904 ; M. Ch. PINIOT, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non cumul des actions de droit commun et du droit des procédures collectives*, RJDA. 1995.639
- Com., 28 mars 1995, D. 1995.410, note F. DERRIDA ; RTDCiv. 1996.165, n° 18, obs. J. MESTRE ; RTDCom. 1996.127, obs. A. MARTIN-SERF ; Banque 1995.118
- Soc., 5 avril 1995, DO. 1995.285 ; D. 1995.503, note M. KELLER ; JCP. 1995, II, 22443, note G. PICCA
- Com., 9 mai 1995, BC., IV, n° 130 ; JCP. 1995, II, 22448, rapport J.-P. RÉMERY ; D. 1996.322, note G. LOISEAU
- CAA. Paris, 18 mai 1995, RDSS. 1996.376, n° 4, obs. E. ALFANDARI
- Crim., 23 mai 1995, B. Crim., n° 193 ; RTDCiv. 1996.130, obs. J. HAUSER ; Droit Pénal 1995, chr. 42, obs. V. LESCLOUS, Cl. MARSAT
- Paris, 26 mai 1995, LC. 1995, Comm. 495
- Civ. III, 31 mai 1995, B. Joly 1995, § 352, note Y. DEREU ; RDI. 1995.759, obs. J.-Cl. GROSLIÈRE, C. SAINT-ALARY-HOUIN
- Com., 13 juin 1995, JCP. E 1995, II, 712, note Y. GUYON ; RS. 1995.736, note P. DIDIER ; B. Joly 1995, § 305, note A. COURET ; B. Joly Bourse 1995, § 56, ; et note P. LE CANNU, *Obligations remboursables en actions : les enseignements de l'arrêt Métrologie internationale*, B. Joly Bourse 1995, § 50
- Versailles, 25 juin 1995, JCP. N 1997, II, p. 807
- Crim., 27 juin 1995, B. Joly 1995, §375, note P. LE CANNU
- Paris, 3 juillet 1995, JCP. 1996, II, 22601, note C. DUVERT
- Com., 4 juillet 1995, D. 1996.186, note J.-Cl. HALLOUIN ; RS. 1995.504, note P. LE CANNU ; JCP. 1995, II, 22560, note Y. GUYON ; B. Joly 1995, § 350, note J.-F. BARBIÉRI ; RTDCom. 1996.69, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; JCP. 1995, II, 3885, n° 8, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN
- Toulouse, 5 juillet 1995, Dr. Soc. 1996, Comm. 165, note Y. CHAPUT.
- Crim., 10 juillet 1995, RJDA. 5/96, n° 640 ; H. LE NABASQUE, *La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs*, RJDA. 1995.432 ; JCP. E 1995, II, 22572, note J. PAILLUSSEAU
- Crim., 8 août 1995, JCP. 1996, I, 3926, n° 15, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN
- Com., 17 octobre 1995, RS. 1996.55, note D. BUREAU ; B. Joly 1996, § 6, note M. JEANTIN ; D. 1996.167, note J. PAILLUSSEAU ; Dr. Soc. 1996, Comm. 2, note Th. BONNEAU ; RDBB. 1996.27, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE
- Cass. Belgique, 19 octobre 1995, Revue critique de jurisprudence belge 1995.229, note A. DE NAUW
- Basse-Terre, 6 novembre 1995, PA. 2 juillet 1997, p. 16, note B. SOINNE
- Com., 12 décembre 1995, RS. 1996.55
- D. BUREAU ; RDBB. 1996.27, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; B. Joly 1996, § 6, note M. JEANTIN ; RTDCom. 1996.294, obs. B. PETIT, Y. REINHARD ; D. 1996.277, note J. PAILLUSSEAU
- Amiens, 14 décembre 1995, Dr. Soc. 1997, Comm. 179, note Y. CHAPUT
- Civ. II, 18 décembre 1995, BC., II, n° 314 ; JCP 1996, I, 3985, n° 3, obs. G. VINEY
- Versailles, 20 décembre 1995, D. Aff. 1996.275 ; B. Joly 1996, §74, note C. PRIÉTO ; RS 1996.355, obs. Y. GUYON ; P. LE CANNU, *A propos des GIE non immatriculés*, B. Joly 1987.825
- Civ. I, 9 janvier 1996, Dr. Soc. 1996, Comm. 142, note Th. BONNEAU
- Paris, 19 janvier 1996 et 15 décembre 1995, RTDCom. 1997.282, obs. B. PETIT et Y. REINHARD
- Crim., 6 février 1996, B. Crim., n° 60 ; JCP. E 1996, II, 837, note J.-F. RENUCCI, O. MEYER ; B. Joly 1996, § 144, note J.-F. BARBIÉRI ; RS. 1997.125, note B. BOULOC
- Com., 13 février 1996, BC., IV, n° 50 ; B. Joly 1996, § 168, note J.-J. DAIGRE
- Civ. I, 20 février 1996, BC. I, n° 55.
- Com., 27 février 1996, BC., IV, n° 65 ; B. Joly 1996, § 164, note A. COURET ; JCP. 1996, II, 22665, note J. GHESTIN ; JCP. E 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; D. 1996.518, note Ph. MALAURIE ; D. 1996, Somm. 342, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; PA. 17 février 1997, n° 21, p. 7, note D. R. MARTIN.
- Crim., 27 février 1996, B. Crim., n° 96 ; RTDCiv. 1996.936, obs. Fr. ZÉNATI
- Com., 12 mars 1996, JCP. E 1996, II, 831, note Y. PACLOT
- Com., 19 mars 1996, RS. 1996.267, note P. LE CANNU ; DMF. 1996.503, et A.

- VIALARD, *Personnalité morale des sociétés d'armement et apparemment abusif des navires saisis*, DMF. 1996.467 Com., 26 mars 1996, RS. 1997.88, note Fr. DRUMMOND ; JCP. E 1996, I, 855, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; JCP. E 1996, II, 855, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 1996.647, n° 1, obs. J. DERRUPÉ ; D. 1996, Somm. 343, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; B. Joly 1996.588, note N. RONTCHEVSKY Com., 2 avril 1996, B. Joly 1996, § 173, note P. LE CANNU ; JCP. 1997, II, 22803, note J.-P. CHAZAL ; RS. 1998.573, note Chr. GAVALDA. Com. 2 avril 1996, D. Soc. 1996, Comm. 118, obs. Th. BONNEAU ; Droit et Patrimoine septembre 1996, p. 79
- Com., 9 avril 1996, B. Joly 1996, §240, note P. LE CANNU
- Com., 14 mai 1996, BC., IV, n° 129 ; D. 1996.460, note F. Derrida ; Def. 1997, art. 36497, n° 2, note J.-P. SÉNÉCHAL
- Com., 4 juin 1996, B. Joly 1996, § 334, note A. COURET ; RTDCom. 1996.680, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET, et 1997.111, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; JCP. 1996, I, 3980, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, n° 3 Dr. Soc. 1996, Comm. 154
- Com., 25 juin 1996, Def. 1996, art. 36423, n° 3, note H. HOVASSE
- CE., 31 juillet 1996, JCP. 1997, II, 22790, conclusions J.-M. DELARUE ; GAUTIER P.-Y., *Halte aux mirages de la Personnalité morale ! (suite). Le réalisme en matière de cessions de contrôle marque des points*, obs. sous CE., 31 juillet 1996, Paris 31 janvier 1997 et Com., 21 janvier 1997
- Paris, 3 septembre 1996, B. Joly Bourse 1996, §6, note P. LE CANNU
- Cass. Belgique, Civ. I, 19 septembre 1996, RCJB. 1997.105, note O. DE SCHMETTER
- Civ. I, 1^{er} octobre 1996, Dr. Soc. 1996, Comm. 225, note Th. BONNEAU
- Com., 17 octobre 1996, B. Joly 1996, § 14, note Th. MASSART
- Crim., 24 octobre 1996 ; D. Pén. 1997, Comm. 41, note J. H. ROBERT ; RS. 1997. 373, note B. BOULOC ; JCP. G. 1997, I, 4012, n° 14, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Bull. Joly 1997. 201, § 75, note J.-F. BARBIÉRI.
- Paris, 7 novembre 1996, JCP. 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON
- Paris, 13 novembre 1996, Dr. Soc. 1997, Comm. 39, note Th. BONNEAU
- Douai, 14 novembre 1996, JCP. 1997, I, 4012, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; JCP. 1997, II, 22785, note J.-J. DAIGRE ; D. 1997.312, note F. PROAL ; D. 1997, Somm. 228, obs. J.-Cl. HALLOUIN
- Com., 26 novembre 1996, D. 1997, Somm. 227, obs. J.-C. HALLOUIN
- CJCE., 24 octobre 1996, Rec. I, p. 5457 ; PA. 29 mai 1998, n° 64, p. 29, note R. BLASSELLE, *L'application de l'article 85 §1 du traité instituant la communauté économique européenne aux groupes d'entreprises*
- Com., 17 décembre 1996, B. Joly 1997, § 140, note J.-J. DAIGRE
- Soc., 8 janvier 1997, BC., V, n° 13 ; RJS. 2/97, n° 167
- Com., 14 janvier 1997, RJC. 1998.178, note G. WICKER
- Com., 21 janvier 1997, RJDA. 6/97, n° 782 ; DMF. 1997.612, note A. VIALARD
- Soc., 21 janvier 1997, D. Soc. 1997.350, et J. SAVATIER, *Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale*, D. Soc. 1997.347
- Com., 21 janvier 1997, BC. IV, n° 25, Q.J. 25 février 1997, note P.M. ; B. Joly 1997, § 177, note P. PIGASSOU ; JCP. 1997 E, II, 936, note Y. GUYON ; RTDCom. 1997.277, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; RTDCom. 1997.469, obs. B. PETIT, Y. REINHARD ; RDBB. mars-avril 1997, p. 69, obs. M. GERMAIN, M.-A. FRISON-ROCHE ; D. 1998, Somm. 393, obs. J.-Cl. HALLOUIN
- Com., 21 janvier 1997, JCP. G 1997, II, 22960, note F.-X. LUCAS ; JCP. E 1997, II, 965, note J.-J. DAIGRE ; D. 1998.64, note I. KRIMMER ; RS. 1997.527, note B. SAINTOURENS ; B. Joly 1997, § 125, note P. LE CANNU ; D. 1998, Somm. 181, obs. J.-C. HALLOUIN ; RJC. 1998.23, note E. PUTMAN ; Droit et Patrimoine, avril 1997, p. 76, obs. J.-P. BERTREL
- Paris, 24 janvier 1997, B. Joly 1997, § 172, note B. SAINTOURENS.
- Com., 28 janvier 1997, JCP. 1997, IV, 269
- Paris, 31 janvier 1997, B. Joly 1997, § 178, note P. LE CANNU
- Com., 18 février 1997, BC., IV, n° 59 ; RJDA. 5/97, n° 659 ; A. COURET, *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, RJDA 1997.391 ; B. Joly 1997, § 173, note J.-J. DAIGRE ; Dr. Soc. 1997, Comm. 75, note Th. BONNEAU
- Civ. II, 19 février 1997, RS. 1997.816, obs. anonymes
- Civ. I, 25 février 1997, Droit et Patrimoine, juin 1997, p. 80, obs. A. BÉNABENT

La transparence accidentelle

- Com., 4 mars 1997, RS. 1997.554, note P. DIDIER ; B. Joly 1997, § 222, note J.-J. DAIGRE
Rouen, 13 mars 1997, Bull. Joly 1997. 1043, § 377, note J.-F. BARBIÉRI.
Paris, 18 mars 1997, Dr. Soc. 1997, Comm. 179, note Y. CHAPUT
Soc., 18 mars 1997, D. Soc. 1997.544, obs. G. COUTURIER, et obs. J. SAVATIER ; RJS. 10/97, n° 1106
Crim., 20 mars 1997, B. Joly 1997, § 310, note J.-F. BARBIÉRI ; Dalloz Affaires 1997.837
Civ. III, 30 mars 1997, BC., III, n° 96 ; D. 1997.475, note D. MAZEAUD ; C.C.C. 1997, Comm. 129, note L. LEVENEUR ; RTDCiv. 1997.685, obs. P.-Y. GAUTIER
Com., 1^{er} avril 1997, RJDA. 5/97, n° 659
Com., 29 avril 1997, D. 1997, IR. 133
Douai, 29 avril 1997, JCP. 1997, II, 22919, note J.-J. DAIGRE
Paris, 14 mai 1997, JCP. 1997, II, 22898, note A. VIANDIER ; RS. 1997.827, note H. LE NABASQUE
Com., 20 mai 1997, D. 1997, IR. 144 ; Dalloz Affaires 1997.799 ; Dr. Soc. 1997, Comm. 122, note Y. CHAPUT ; RPC. 1997.487, obs. A. MARTIN-SERF
Com., 27 mai 1997, D. Aff. 1997.866
Com., 3 juin 1997, D. 1997.517, note F. DERRIDA ; JCP. E 1997, II, 988, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; D. Affaire. 1997.833 ; JCP. G 1998, I, 111, n°15, obs. M. CABRILLAC ; PA, 30 janvier 1998, p. 22, note G. A. LIKILIMBA ; RDBB 1997.175, n° 5, note M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI
Com., 3 juin 1997, RTDCiv. 1997.935, obs. J. MESTRE
Com., 17 juin 1997, D. 1998, Somm. 107, obs., S. PIÉDELIÈVRE ; RTDCiv. 1997.709, obs. P. CROCQ ; PA. 8 août 1997, obs. B. SOINNE
Civ. III, 18 juin 1997, BC., III, n° 147 ; B. Joly 1997, § 346, note P. LE CANNU.
Civ. I, 1^{er} juillet 1997, BC., I, n° 216 ; B. Joly 1997, § 347, note D. LEPÉLTIER
Com., 8 juillet 1997, B. Joly 1998, § 352, note E. LEPOUTRE
CE. 21 août 1997, RTDCom. 1997.478, obs. E. ALFANDARI
Civ. III, 8 octobre 1997, D. 1998, Somm. 398, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; JCP. 1998, I, 131, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER ; RS. 1998.112, note J.-F. BARBIÉRI ; B. Joly 1997, §386, note C. PRIÉTO ; Dr. Soc. 1998, Comm. 21, note Th. BONNEAU
Versailles, 9 octobre 1997, B. Joly 1998, §12, note C. PRIÉTO
Crim., 16 octobre 1997, RJS. 04/98, n° 488 ; Crim., 3 décembre 1996, TPS. 1997, Comm. 169, note B. BOUBLI
Crim., 27 octobre 1997, C.C.C. 1998, Comm. 11, note G. RAYMOND ; JCP. 1998, II, 10017, note M. PRALUS
Com., 12 novembre 1997, RPC. 1998.199, n° 43, obs. B. SOINNE
Civ. III, 19 novembre 1997, LC. 1998, Com. 46, note G. VIGNERON
Com., 25 novembre 1997, D. Aff. 1998.73, note J.F.
Com., 25 novembre 1997, Dr. Soc. 1998, Comm. 24, note Y. CHAPUT
Soc., 2 décembre 1997, B. Joly 1997.777, note G. BARANGER
Crim., 2 décembre 1997, JCP. 1998, II, 10023, rapport F. DESPORTES ; RJDA 3/98, n° 289 et N. RONTCHEVSKY, *Les conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales à la lumière de la jurisprudence récente*, RJDA. 3/98, p. 175 ; D. Affaires 1998.432, obs. M. B.
Paris, 5 décembre 1997, RS. 1998.157, obs. Y. GUYON
Com., 9 décembre 1997, BC., IV, n° 332 ; JCP. 1998, I, 163, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN
Crim., 9 décembre 1997, D. Pén. 1998, Comm. 60, note A. MARON ; D. 1998.296, note B. BOULOC
1997
CJCE., 16 décembre 1997, RS. 1998.787, note G. PARLÉANI ; B. Joly 1998, § 82, note M. LUBY, D. Soc. 1998, Comm. 85, note Th. BONNEAU
Crim., 16 décembre 1997, RJS. 04/98, n° 488
Caen, 17 décembre 1997, D. Pén. 1998, Comm. 82, note M. VÉRON
Civ. II, 17 décembre 1997, JCP. 1998, I, 171, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; LC. 1998, Comm. 84.
Soc., 18 décembre 1997, D. 1998, Somm. 213, obs. Y. SERRA
T. Com. Paris, 6 janvier 1998, Dr. Soc. 2000, Comm. 10, note Y. CHAPUT
Com., 27 janvier 1998, D. 1998, Somm. 392, obs. J.-C. HALLOUIN ; B. Joly 1998.535, note P. LE CANNU ; Dr. Soc. 1998, Comm. 46, note D. VIDAL
Versailles, 29 janvier 1998, B. Joly 1998, §254, note Ph. DELEBECQUE ; RS. 1998.438, note Y. GUYON ; JCP. 1999, II, 10014, note B. PETIT, S. ROUXEL ; D. 1998, Somm. 399, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; RTDCiv. 1999.67, obs. J. HAUSER
Com., 3 février 1998, B. Joly 1998, § 124, note J.-J. DAIGRE

La transparence accidentelle

- Paris, 3 février 1998, RJDA. 4/98, n° 453
Com., 17 février 1998, D. Aff. 1998.426,
note A.L ; PA. 12 juin 1998, n° 70, p. 22,
note B. SOINNE
- Paris, 20 février 1998, RS. 1998.346,
note Fr. BUCHER ; A. COURET, *Retour sur
la notion de contrôle*, RJDA. 4/98, p. 279
et n° 443 ; JCP. E 1998, p. 705, note A.
VIANDIER ; RTDCom. 1998.379, obs.
N. RONTCHEVSKY ; D. Affaires 1998.540,
note M. B. ; Dr. Soc. 1998, Comm. 81,
note H. HOVASSE ; B. Joly Bourse
1998.233, note S. ROBINEAU
- Civ. I, 24 février 1998, RIDA 1998, n°
177, p. 213, note A. KÉRÉVER ; D.
1998.471, note A. FRANÇON
- Paris, 13 mars 1998, RPC. 1999.120,
obs. Fr. MACORIG-VENIER ; JCP. E 1999,
p. 621, note V. DUBOEUF-HILD ; RJDA 8-
9/98, n° 1005
- Civ. III, 18 mars 1998, JCP. 1999, I, 183,
obs. Ph. SIMLER
- CM., 10 avril 1998, J. MERLIN, *Liberté
syndicale et spécialité syndicale*, D. soc.
1998.565 ; JCP. E 1998, p. 1259, note M.
MENJUCQ ; TPS. 1998, Comm. 249 et 250
obs. B. TEYSSIÉ ; RJS 1998 n° 574 ; DS
1998.565 et 578 ; JCP. G. 1999, I, 109,
n° 15 et 17, obs. S. DARMAISIN.
- Com., 28 avril 1998, JCP. E 1998, p.
1258, note Y. GUYON ; JCP. 1998, II,
10177, note D. OHL ; D. Affaire
1998.1008, note A. L. ; RTDCom.
1998.623, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ;
B. Joly 1998, § 263, note P. LE CANNU ;
JCP. 1999, I, 147, n° 18, obs. G. VINEY
- Civ. II, 5 mai 1998, BC., II, n° 159 ; B.
Joly 1998, § 330, note V. GRELLIÈRE
- Com., 5 mai 1998, B. Joly 1998 ; § 245,
note L. GODON ; RTDCom. 1998.619,
obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; PA. 22
février 1999, p. 10, note S. ALMASSEANU ;
RJDA 7/98 n° 861 ; D. Affaire 1998.
1097 ; JCP. G 1998, I, 163, n° 1, obs. J.-J.
CAUSSAIN, A. VIANDIER
- Civ. II, 19 mai 1998, D. 1998.405,
conclusions P. TATU ; D. Aff. 1998.1089,
obs. V. A.-R. ; B. Joly 1998, §361, note J.-
J. DAIGRE
- CEDH., 25 mai 1998, RTDCiv. 1998.997,
obs. J.-P. MARGUENAUD
- Lyon, 3 juin 1998, D. Pén. 1998, Comm.
118, note J.-H. ROBERT ; RJDA 11/98, n°
1227 ; N. RONTCHEVSKY, *Les conditions
de mise en jeu de la responsabilité
pénale des personnes morales à la
lumière de la jurisprudence récente*,
RJDA. 3/98, p. 175
- Civ. I, 16 juin 1998, D. 1998, IR. 180 ;
JCP 1998, IV, 2806 ; JCP 1998, I, 185, n°
17, obs. G. VINEY
- Com., 16 juin 1998, RS. 1999.103, note
K. MEDJAOUI.
- Civ. II, 25 juin 1998, Dalloz Affaires
1998.1479, note V. A.-R. ; JCP. 1998, II,
10204, note L. BORÉ
- Dijon, 30 juin 1998, RS. 1999.196.
- Civ. III, 8 juillet 1998, JCP. 1999, I, 118,
n° 1, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN
- Crim., 9 juillet 1998, B. Joly 1998, § 377,
note J.-F. BARBIÉRI
- Civ. I, 16 juillet 1998, D. 2000.63, note
B. DONDÉRO
- Soc., 17 juillet 1998, D. Soc. 1997.972,
obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU
- Versailles, 8 octobre 1998, RTDCom.
1999.893, obs. Cl. CHAMPAUD et D.
DANET
- Com., 13 octobre 1998, B. Joly 1999, §
10, note P. SERLOOTEN
- Civ. II, 22 octobre 1998, RTDCiv.
1999.205, n° 11, obs. R. PERROT
- Com., 1^{er} décembre 1998, D. 1999.331,
note L. BORÉ
- Civ. I, 8 décembre 1998, RCDIP.
1999.284, note M. MENJUCQ
- Civ. II, 8 décembre 1998, RTDCiv.
1999.205, n° 11, obs. R. PERROT
- Soc., 12 janvier 1999, D. Soc. 1999.301,
note M. COHEN ; Semaine sociale Lamy
25 janvier 1999, p. 9 ; TPS 1999, Comm.
103, note B. TEYSSIÉ ; JCP 1999, I, 185,
n° 25, obs. A. MARTINON
- Versailles, 14 janvier 1999, B. Joly 1999,
§ 97, note M. MENJUCQ
- Paris, 15 janvier 1999, B. Joly 1999, §
137, note B. SAINTOURENS
- Civ. I, 19 janvier 1999, Droit de la
famille 1999, Comm. 68, note B.
BEIGNIER ; JCP 1999, I, 154, n° 9, obs.
Ph. SIMLER
- Com., 19 janvier 1999, JCP. 1999, I, 197,
obs. G. VINEY ; D. 1999.331, note L.
BORÉ
- Soc., 26 janvier 1999, JCP. 1999, I, 185,
n° 14, obs. J.-L. ALLIOT ; TPS. 1999,
Comm. 145, note B. TEYSSIÉ
- Com., 9 février 1999, JCP. G 1999, II,
10168, note G. BLANC ; JCP. E 1999, p.
724, note Y. GUYON ; RS. 1999.81, note
P. LE CANNU ; RJC. 1999.269, note J.-Ph.
DOM ; RTDCom. 1999.904, obs. Y
REINHARD
- Paris, 9 février 1999, RS. 1999.412, obs.
Y. GUYON ; RTDCom. 1999.789, obs. Fl.
DEBOISSY

- Civ. III, 10 février 1999, BC., III, n° 37 ; RTDCiv. 1999.856, n° 3, obs. P.-Y. GAUTIER
- Crim., 16 février 1999, JCP. E 1999, p. 1633, note J.-H. ROBERT ; B. Joly 1999, § 143, note D. OHL ; RS. 1999.646, note B. BOULOC ; RTDCom. 1999.998, note B. BOULOC
- CJCE., 9 mars 1999, Centros, D. 1999.550, note M. MENJUCQ ; RTDE 1999.738, obs. J.-G. HUGLO ; B. Joly 1999, § 157, note J.-Ph. DOM ; PA. 12 novembre 1999, n° 226, p. 5, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD
- Paris, 9 mars 1999, RS. 1999.411, note Y. GUYON ; B. Joly 1999, §142, note A. COURET
- Com., 16 mars 1999, D. Aff. 1999.635, note A. L. : JCP. 1999, I, 177, n° 2, obs. M. CABRILLAC, Ph. PÉTEL ; D. 1999, Somm. 349, obs. A. HONORAT ; Droit et Patrimoine juillet-août 1999, p. 93, note M.-H. MONSÉRIÉ-BON
- Civ. III, 23 mars 1999, LC. 1999, Comm. 170, note G. VIGNERON
- Paris, 23 mars 1999, JCP. E 1999, p. 1657
- Versailles, 25 mars 1999, B. Joly 1999, § 231, note P. MOUSSERON
- CE. 9 avril 1999, Juris-associations, n° 209, 1^{er} décembre 1999, p. 6, obs. B. RIGAUD
- Soc., 13 avril 1999, D. Soc. 1999.643, note G. BORENFREUND
- Com., 4 mai 1999, JCP. 1999, I, 162, n° 4, obs. J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER
- Civ. II, 6 mai 1999, B. Joly 1999, § 232, note P. LE CANNU
- Crim., 11 mai 1999, B. Joly 1999, § 234, note J.-F. BARBIÉRI ; TPS. 1999, Comm. 276, note B. TEYSSIE ; RJDA. 11/99, n° 1224
- Soc., 11 mai 1999, JCP 2000, II, 10269, note C. PUIGELIER
- Com., 18 mai 1999, JCP. 1999, I, 162, n° 11, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN Dr. Soc. 1999, Comm. 127, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 2000.123, obs. Cl. CHAMPAUD
- Com., 26 mai 1999, B. Joly 1999, § 227, note B. SAINTOURENS
- Com., 8 juin 1999, DMF. 1999.905, conclusions J.-P. REMERY, note A. VIALARD
- Soc., 9 juin 1999, BC., V, n° 275 ; RJS. 7/99, n° 939
- Com., 15 juin 1999, D. Affaire 1999.1297, note M. BOIZARD ; B. Joly Bourse 1999, § 97, note A. COURET ; B. Joly 1999, § 216, note Ph. MERLE ; PA. 3 novembre 1999, n° 216, p. 16, note J.-L. COURTIER ; PA. 14 février 2000, p. 12, note A.-L. ARCHAMBAUD ; Dr. Soc. 1999, Comm. 169, note D. VIDAL ; RS. 1999.640, note Y. GUYON ; Banque Magazine septembre 1999, n° 606, p. 72, obs. J.-L. GUILLOT
- Com., 22 juin 1999, PA. 22 juillet 1999, n°145, p. 7 ; B. Joly 1999, § 229, note A. COURET ; Dr. Soc. 1999, Comm. 143, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 1999.875, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; RTDCom. 1999.903, obs. Y. REINHARD ; JCP. 2000, II, 10266, note M. MENJUCQ ; JCP. 2000, p. 181, note Ch. CUTAJAR
- Paris, 28 juin 1999, B. Joly 1999, § 273, note J.-J. DAIGRE
- Com., 6 juillet 1999, BC., IV, n° 152 ; Def. 2000, art. 37090, n° 2, note J.-P. SÉNÉCHAL
- Versailles, 28 septembre 1999, JCP. E 2000, p. 890, obs. G. VACHET ; RJS. 8-9/99, n° 1124 ; Bulletin Social 8-9/99, n° 815
- Paris, 8 octobre 1999, D. 2000.583, note D. FIORINA ; B. Joly 2000, §18, note P. LE CANNU
- Dijon, 12 octobre 1999, JCP. 2000, II, 10303, note J.-J. DAIGRE
- Douai, 14 octobre 1999, D. 2000, AJ. 115
- Crim. 26 octobre 1999, Juris-Association, n° 223, 15 juillet 2000, p. 5, note L. DEVIC ; B. Crim., n° 233
- Crim., 27 octobre 1999, RS 2000.364, note B. BOULOC
- TC., 15 novembre 1999, D. 2000, AJ. 11, note A. L. ; B. Joly 2000, § 160
- Crim., 16 novembre 1999, D. 2000, IR. 22 ; B. Joly 2000, § 176, note E. GARAUD
- Com., 23 novembre 1999, RJDA. 1/00, n° 87 ; DMF. 2000.719, note N. MOLFESSIS
- Com., 14 décembre 1999, D. 2000, AJ 90, note J. FADDOUL ; RTDCom. 2000.372, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET
- Com., 14 décembre 1999, Revue de droit bancaire et financier 2000, Comm. 115, obs. D. LEGAIS, J.-P. MATTOUT ; D. 2000, Somm. 479, obs. J.-Cl. HALLOUIN
- Crim. 14 décembre 1999, B. Crim. n° 306 ; RTDCom. 2000.737, obs. B. BOULOC
- O'Neill v Phillips, de la Chambre des Lords (1999), *150 Leading Cases. Company Law*, L. TEMPLEMAN (consultant editor) et Chr. SHEPERD (editor), Old Bailey Press 2000, p. 285
- Crim., 18 janvier 2000, B. Crim. n° 28 ; RTDCom. 2000.737, obs. B. BOULOC ; JCP. 2000, II, 10395, note Fr. DEBOVE ;

- PA. 26 octobre 2000, n° 214, p. 18, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD
 Civ. I, 1^{er} février 2000, Revue de droit bancaire et financier 2000, Comm. 114
 Com., 1^{er} février 2000, PA. 9 mars 2001, p. 18, note D. GIBIRILA
 Crim., 15 février 2000, Procédures 2000, Comm. 151, obs. J. BUISSON
 Paris, 20 février 2000, LC. 2000, Comm. 173, .
 Civ. III, 23 février 2000, B. Joly 2000, § 148, note Y. DEREU ; D. 2000, AJ. 206, note M. BOIZARD ; D. 2000, Somm. 481, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; RTDCom. 2000.679, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; Def. 2000, art. 37243, n° 7, note J. HONORAT
 Crim., 7 mars 2000, B. Joly 2000, §169, note P. SCHOLER
 Civ. III, 22 mars 2000, LC. 2000, Comm. 127
 Com., 28 mars 2000, D. 2000, AJ 253, obs. M. BOIZARD ; RTDCom. 2000.666, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; Dr. Soc. 2001, Comm. 97, note Th. BONNEAU
 Civ. III, 29 mars 2000, Dr. Soc. 2000, Comm. 98, note Th. BONNEAU
 Crim., 18 avril 2000, RJDA. 9-10/00, n° 871
 Crim., 26 avril 2000, Procédures 2000, Comm. 203, obs. J. BUISSON
 Versailles 26 avril 2000, Juris-data 118.635
 Crim., 27 avril 2000, B. Joly 2000, § 264 ; PA. 9 avril 2001, n° 70, p. 13, note M.-C. SORDINO ; D. 2000, AJ. 328, note A. LIENHARD
 Paris, 17 mai 2000, RS. 2000.583, obs. Y. GUYON
 Crim., 24 mai 2000, B. Crim., n° 203
 Civ. III, 31 mai 2000, JCP 2000, IV, 2278 ; Juris-Data n° 002292 ; Def. 2000, 37242, n° 74, note Chr. ATIAS
 Civ. I, 7 juin 2000, C.C.C. 2000, Comm. 159, note L. LEVENEUR ; H. CAPITANT, Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^{ème} éd., t. 2, Dalloz 2000, n° 254
 Civ. I, 14 juin 2000, B. Joly 2000, § 272, note D. RANDOUX ; Banque et Droit n° 75, janvier-février 2001, p. 36, obs. M. STORCK, Q. URBAN, I. RIASSETO
 Civ. I, 14 juin 2000, BC., I, n° 182 ; D. 2000, AJ. 318, obs. A. LIENHARD
 Com., 14 juin 2000, B. Joly 2000, § 261, note A. COURET ; JCP. N, p. 1404
 Com., 14 juin 2000, B. Joly 2000, § 268, note B. SAINTOURENS
 Com., 14 juin 2000, Banque et Droit n° 74, novembre-décembre 2000, p. 43, obs. M. STORCK et Q. URBAN
 Crim., 20 juin 2000, PA. 27 avril 2001, n° 84, p. 15 ; D. Soc. 2000.1150, note P. MORVAN
 Civ. I, 27 juin 2000, B. Joly 2000, § 249, note R. CRÔNE ; Dr. Soc. 2001, Comm. 1, note Th. BONNEAU
 Civ. II, 21 septembre 2000, BC., II, n° 132 ; D. 2001, Somm. 2394, obs. M. NICOD
 Civ. III, 27 septembre 2000, RDI. 2000.598, obs. P. CAPOULADE
 Crim., 18 octobre 2000, RTDCom. 2001.260, n° 3, note B. BOULOC
 Crim., 24 octobre 2000, B. Crim., n° 308 ; RS. 2001.119, note B. BOULOC ; JCP. 2001, II, 10535, note M. DAURY-FAUVEAU ; JCP. 2001, I, p. 945, obs. E. FORTIS ; Dr. Pén. 2001, Comm. 29, note M. VÉRON
 Civ. III, 8 novembre 2000, D. 2000, AJ. 444, note A. LIENHARD ; Dr. Soc. 2001, Comm. 21, note Th. BONNEAU ; RTDCom. 2001.162, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON
 Civ. III, 29 novembre 2000, C.C.C. 2000, Comm. 41, note L. LEVENEUR
 Crim., 29 novembre 2000, B. Joly 2001, § 101, note J.-D. BELOT et E. DEZEUZE ; RS. 2001.380, note B. BOULOC
 Crim., 12 décembre 2000, B. Joly 2001, § 131, note J.-F. BARBIÉRI ; JCP. 2001, II, 339, n° 5, obs. J.-H. ROBERT ; RS. 2001.323, A. CONSTANTIN
 Crim., 13 décembre 2000, B. Joly 2001, § 96, note J.-F. BARBIÉRI ; JCP. 2001, II, 339, n° 5, obs. J.-H. ROBERT
 Crim., 13 décembre 2000, D. 2001, AJ. 926, note M. BOIZARD ; BRDA. 5/01, p. 4 ; RS. 2001.399, note B. BOULOC
 Crim., 13 décembre 2000, RJDA. 4/01, n° 458 ; B. Joly 2001, § 96, note J.-F. BARBIÉRI ; RS. 2001.394, note B. BOULOC
 Com., 6 janvier 2001, B. Joly, 2001, § 92, note F.-X. LUCAS
 Versailles, 11 janvier 2001, B. Joly 2001, § 111, note F.-X. LUCAS
 Com., 16 janvier 2001, C.C.C. 2001, Comm. 71, note L. LEVENEUR
 Com., 23 janvier 2001, BC. IV, n° 24 ; D. 2001, AJ. 781, note A. LIENHARD ; B. Joly 2001, § 118, note A. COURET ; Revue de droit bancaire et financier 2001, Comm. 69, obs. F.-X. LUCAS
 Com., 20 février 2001, B. Joly 2001, § 156, note J.-M. BAHANS
 Com., 6 mars 2001, RJDA. 8-9/01, n° 875
 Com., 13 mars 2001, B. Joly 2001, § 192, note C. PRIÉTO

La transparence accidentelle

Civ. I, 20 mars 2001, Dr. Soc. 2001, Comm. 112, note J.-P. LEGROS
Com., 27 mars 2001, Dr. Soc. 2001, Comm. 110, note Th. BONNEAU ; JCP. E 2001, p. 1677, note J.-P. STORCK ; PA. 29 octobre 2001, n° 215, p. 7, note J.-B. LENHOF
Com., 3 avril 2001, RJDA. 8-9/01, n° 874
Civ. I, 2 mai 2001, D. 2001, IR. 1769 ; Dr. Soc. 2001, Comm. 124, note Th. BONNEAU

Com., 9 mai 2001, , Dr. Soc. 2001, Comm. 146, note F.-X. LUCAS, D. VIDAL ; B. Joly 2001, § 234, note J.-F. BARBIÉRI
Com., 15 mai 2001, B. Joly 2001, § 223, note Ph. PÉTEL
Civ. III, 16 mai 2001, D. 2001, p. 2706, note Chr. ATIAS
Com., 22 mai 2001, Dr. Soc. 2001, Comm. 146, note F.-X. LUCAS, D. VIDAL
Com., 22 mai 2001, B. Joly 2001, § 226, note F.-X. LUCAS

Recherches sur la personnalité morale

par M. Nicolas MATHEY.....	1
M. Laurent LEVENEUR.....	1
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II).....	1
INTRODUCTION.....	6
PREMIÈRE PARTIE LE DROIT POSITIF DE LA PERSONNALITÉ MORALE ET LA NOTION D'INTÉRÊT.....	25
TITRE I L'INTÉRÊT PROPRE D'UNE PERSONNE MORALE.....	26
Chapitre I Un intérêt juridique.....	27
Section I La notion d'intérêt.....	27
§1 Une notion juridique.....	27
I La notion.....	27
A) Notion et concept.....	27
1) Distinction.....	28
2) Pour une approche notionnelle de l'intérêt.....	30
B) Premières variations sur la notion d'intérêt.....	32
II La juridicité de la notion d'intérêt.....	33
A) Positivité de l'intérêt.....	33
1) L'intérêt en dehors du droit de la personnalité morale.....	34
2) L'intérêt dans le droit de la personnalité morale.....	35
B) Caractère juridique de l'intérêt.....	36
1) La recherche d'un critère de juridicité.....	36
2) Recherche d'un critère de légitimité.....	38
§ 2 Une notion à contenu variable.....	41
I Des standards en droit français.....	42
II Approche substantielle et approche structurelle de l'intérêt.....	44
A) Approche substantielle du standard de l'intérêt.....	44
B) Approche structurelle.....	46
Section II La spécificité de la notion d'intérêt de la personnalité morale.....	47
§ 1 La notion d'intérêt et les notions du droit des obligations.....	47
I L'intérêt et l'objet.....	47
II L'intérêt et la cause.....	49
§ 2 La notion d'intérêt et les notions du droit des organisations.....	52
I Intérêt et principe de spécialité légale.....	52
A) Définition de la spécialité légale.....	52
1) Terminologie.....	52
2) Contenu de la spécialité légale.....	54
B) Distinction de la spécialité et de l'intérêt.....	60
II Intérêt et objet statutaire.....	62
A) La notion d'objet statutaire.....	62
B) Distinction de l'objet statutaire et de l'intérêt.....	67
Chapitre II Un intérêt spécifique.....	72
Section I intérêt de la personne morale et intérêt des membres.....	72
§ 1 <i>L'existence de membres de la personne morale.....</i>	<i>72</i>
A) L'absence de nécessité.....	72
B) La détermination des membres.....	74
1) L'identification des membres.....	74
2) L'homogénéité des intérêts.....	81
§2 <i>La distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt des membres.....</i>	<i>84</i>
A) Intérêt de la personne morale et intérêt de plusieurs membres.....	85
1) L'intérêt de la majorité.....	85
2) L'intérêt de la minorité.....	97
B) Intérêt de la personne morale et intérêt de tous les membres.....	101
1) L'unanimité.....	102
2) L'intérêt commun.....	103
3) Les actions en justice.....	115
Section II Intérêt de la personne morale et intérêt des organes d'administration.....	125
§ 1 Détermination des organes.....	125
I Identification des organes dirigeants.....	125

Recherches sur la personnalité morale

II La nécessité d'un organe dirigeant.....	128
§ 2 Distinction de l'intérêt de la personne morale et de l'intérêt des organes.	129
I Les actes interdits.....	132
II Les actes réglementés.....	138
TITRE II L'INTÉRÊT DE LA PERSONNE MORALE, INTÉRÊT IMMANENT AUX INTÉRÊTS INDIVIDUELS	148
.....	148
Chapitre I Critique de l'intérêt transcendant	149
Section I Critique de l'intérêt transcendant en droit positif.....	150
§ 1 Intérêt de la personne morale et intérêts des tiers.....	150
I Les tiers.....	151
A) Les créanciers.....	152
B) Les salariés.....	153
II Les participants.....	157
A) La notion de participant.....	157
B) La détermination des participants.....	158
§ 2 Intérêt de la personne morale et intérêt général.....	168
I Différence substantielle.....	169
A) L'irrecevabilité des actions d'intérêt général.....	169
B) Les activités d'intérêt général.....	177
II Différence structurelle.....	180
Section II Critique des théories de l'intérêt transcendant.....	182
§ 1 L'origine de la transcendance.....	183
§ 2 Les conséquences de la transcendance.....	188
Chapitre II Intérêt et immanence	192
Section I Manifestations substantielles de l'immanence.....	192
§1 L'immanence en théorie générale du droit.....	192
§ 2 L'immanence dans le droit de la personnalité morale.....	195
I La sélection des intérêts.....	195
II L'acte d'organisation.....	200
A) L'acte législatif d'organisation.....	200
B) L'acte d'organisation privé.....	201
1) La nature de l'acte d'organisation.....	201
2) Le particularisme de l'acte d'organisation.....	204
III L'opposabilité de l'acte d'organisation.....	215
Section II Manifestations processuelles de l'immanence.....	225
§ 1 L'action exercée par la personne morale.....	225
§ 2 La tierce opposition.....	229
PARTIE II LA NOTION D'INTÉRÊT ET LE CONCEPT DE PERSONNALITÉ MORALE	238
TITRE I LA PERSONNALITÉ MORALE ET LE PRINCIPE DE SÉPARATION.....	239
CHAPITRE I LA SÉPARATION DES PERSONNES.....	240
Section I Le fondement substantiel de la personne morale.....	240
§ 1 La notion de droit subjectif.....	240
I Volonté et intérêt dans la théorie du droit subjectif.....	241
A) Le débat traditionnel.....	241
B) Utilité du concept de droit subjectif.....	244
II Volonté et intérêt dans la théorie de la personnalité morale.....	249
A) Critique théorique de la volonté collective.....	249
B) L'inexistence de la volonté collective en droit positif.....	252
1) Responsabilité et volonté.....	253
2) Organe et volonté.....	263
§ 2 L'organisation.....	268
I Les règles d'organisation.....	269
A) Les décisions collectives.....	271
B) Le pouvoir disciplinaire.....	275
II La distinction de l'organisation et de la personnalité morale.....	278
A) La distinction de la personnalité et de l'organisation en droit interne.....	279
B) La distinction de la personnalité morale et de l'organisation en droit international privé.....	280
Section II Le fondement formel de la séparation des personnes.....	291

Recherches sur la personnalité morale

§ 1 L'opposabilité de l'organisation et la personnalité morale.....	291
I Les intuitions passées.....	292
II La conception moderne de l'opposabilité et la personnalité morale.....	295
§ 2 Le rôle de la publicité dans l'acquisition et la perte de la personnalité morale	298
I L'acquisition de la personnalité.....	299
II La disparition de la personnalité morale.....	307
Chapitre II Les attributs de la personnalité morale.....	313
Section I La capacité des personnes morales.....	313
§ 1 Le principe de la capacité de la personne morale.....	313
I La détermination de la capacité en droit international privé.....	313
II La capacité de la personne morale en droit interne.....	316
§ 2 L'étendue de la capacité de la personne morale.....	319
I La théorie de la personnalité morale à contenu variable.....	319
A) La variabilité de la personnalité substantielle.....	320
B) L'existence d'une personnalité processuelle.....	327
II Critique de la théorie de la personnalité morale à contenu variable.....	330
A) Critiques d'ordre méthodologique.....	330
B) Critiques d'ordre technique.....	332
1) L'exemple de la reconnaissance d'utilité publique des fondations....	332
2) La constance du concept de personnalité morale.....	336
a) La jouissance des droits.....	336
b) Critique de la personnalité processuelle.....	344
c) La répression des personnes morales.....	348
Section II La séparation des patrimoines.....	352
§ 1 Le patrimoine, conséquence de la personnalité.....	353
I Les théories du patrimoine.....	353
A) Les théories traditionnelles.....	353
B) Patrimoine et intérêt.....	358
II Application aux personnes morales.....	360
A) L'actif de la personne morale.....	360
B) Le passif de la personne morale.....	371
§ 2 Le patrimoine, cause de la personnalité.....	385
I Les patrimoines d'affectation.....	386
II Les propriétés collectives.....	395
TITRE II LA PERSONNALITÉ MORALE ET LE PRINCIPE DE TRANSPARENCE.....	402
Chapitre I La transparence naturelle.....	404
Section I La transparence substantielle.....	404
§1 La transparence personnelle.....	404
I La responsabilité illimitée.....	405
A) Responsabilité illimitée et négation de la personnalité morale.....	406
1) L'autonomie du passif en droit des sociétés.....	406
2) L'autonomie du passif dans les autres personnes morales.....	408
B) Justification des règles de responsabilité.....	409
II La représentativité.....	416
A) La représentativité syndicale.....	417
B) La réparation du préjudice collectif.....	420
1) Réparation d'un préjudice collectif et préjudice individuel.....	420
2) Réparation d'un préjudice collectif et peine privée.....	422
III L'influence de la qualité des membres sur la personne morale.....	425
A) Hypothèses de prise en compte de la qualité des membres.....	425
B) Justification.....	428
§ 2 La transparence réelle.....	432
I La transparence réelle en droit civil et commercial.....	432
A) Les manifestations de la transparence réelle.....	433
1) Le droit des associés sur le patrimoine social.....	433
2) La cession de droits sociaux.....	435
B) La justification de la transparence réelle.....	440
II La transparence réelle en droit fiscal.....	446
A) Les phénomènes de transparence fiscale.....	447
B) La justification de la transparence fiscale.....	449

Recherches sur la personnalité morale

Section II La transparence processuelle.....	454
§ 1 L'action <i>ut singuli</i> en droit des sociétés.....	455
I L'action <i>ut singuli</i> en droit positif.....	455
II La signification de l'action <i>ut singuli</i> au regard de la théorie de la personnalité morale.....	463
§ 2 L'extension de l'action <i>ut singuli</i>	468
Chapitre II La transparence accidentelle.....	486
Section I La cession de contrôle.....	486
§ 1 Les tentatives de remise en cause de la personnalité morale.....	486
I Le contrôle et sa cession.....	487
II La commercialité de la cession de contrôle.....	492
III L'analyse substantielle de la cession de contrôle.....	493
§ 2 Le respect de la personnalité morale.....	495
I L'absence de novation de la cession de contrôle.....	495
II L'extension de la proposition.....	499
Section II La levée du voile social.....	510
§1 La levée du voile social en droit international.....	510
I La levée du voile social en temps de guerre.....	510
A) La législation de guerre.....	510
B) La recherche d'une justification théorique.....	511
II La levée du voile social en temps de paix.....	515
A) Le critère du contrôle.....	515
B) Le rôle de la nationalité.....	516
§2 La levée du voile social en droit interne.....	525
I La théorie de la levée du voile social.....	525
A) Origine de la théorie.....	525
B) Les phénomènes expliqués.....	528
II Critique de la théorie de la levée du voile social.....	533
A) Critique méthodologique.....	533
B) Critique technique.....	536
1) Redéfinition du domaine de la théorie de la levée du voile social.....	536
2) Le recours au droit commun.....	537
a) L'interprétation de la volonté des parties.....	537
b) La simulation et la personnalité morale fictive.....	539
c) La fraude.....	547
d) L'apparence.....	550
e) La responsabilité.....	552
Conclusion générale	
BIBLIOGRAPHIE.....	573
OUVRAGES GÉNÉRAUX.....	573
THÈSES ET MONOGRAPHIES.....	577
JURISPRUDENCE.....	601

INDEX

SOMMAIRE