



HAL
open science

La société unipersonnelle

Fuad Shyyab

► **To cite this version:**

Fuad Shyyab. La société unipersonnelle. Droit. Université de Grenoble, 2012. Français. NNT : 2012GREND004 . tel-00833679

HAL Id: tel-00833679

<https://theses.hal.science/tel-00833679>

Submitted on 13 Jun 2013

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.

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Spécialité : **DROIT PRIVÉ**

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée par

« **Fuad SHYYAB** »

Thèse dirigée par « **Bruno PETIT** »

préparée au sein du **Laboratoire Centre de recherche juridique**
dans **l'École Doctorale Science juridique**

La société unipersonnelle

Thèse soutenue publiquement le **7 février 2012**,
devant le jury composé de :

Mme Isabelle BON-GARCIN

Professeur à l'université Lumière Lyon II, Rapporteur

M. Bruno PETIT

Agrégé des facultés de droit, Directeur de la recherche

M. Yves REINHARD

Professeur émérite de l'université Jean Moulin Lyon III, Président,
Rapporteur



SOMMAIRE

INTRODUCTION		1
PREMIÈRE PARTIE		
UNE REMISE EN CAUSE CONCEPTUELLE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE		39
TITRE I.	La remise en cause de la notion de société unipersonnelle	42
CHAPITRE I.	L'absence des critères de qualification sociale dans l'acte unilatéral	45
CHAPITRE II.	L'absence d'une structure de qualification sociale dans l'acte unilatéral	111
TITRE II.	La remise en cause de la personnalité morale de la société unipersonnelle	183
CHAPITRE I.	Une remise en cause au regard de l'absence d'intérêt collectif	187
CHAPITRE II.	Une remise en cause au regard de l'échec des palliatifs à l'intérêt collectif	253
SECONDE PARTIE		
UNE REMISE EN CAUSE RÉALISTE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE		342
TITRE I.	Le principe de l'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle	370
CHAPITRE I.	L'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise dans les différentes branches du droit	374
CHAPITRE II.	La conception subjective de l'obligation, obstacle à la transmission de l'entreprise en tant qu'entité patrimoniale autonome	401
TITRE II.	La remise en cause de la structure patrimoniale de la société unipersonnelle	441
CHAPITRE I.	Une remise en cause de la société unipersonnelle comme technique effective de séparation des patrimoines	443
CHAPITRE II.	Une remise en cause de la société unipersonnelle comme technique de limitation de responsabilité	473
CONCLUSION GÉNÉRALE		503
BIBLIOGRAPHIE		507
INDEX ALPHABÉTIQUE		548
TABLES DES MATIÈRES		558

TABLES DES SIGLES ET ABRÉVIATION

act. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
AJDI	actualité juridique, droit immobilier
al.	alinéa
A.L.D.	Actualité législative Dalloz
art.	article
Ass. Nat.	Assemblée nationale
Ass. plén.	Assemblée plénière
BF Lefebvre	Bulletin fiscal Francis Lefebvre
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés (BMIS)
C.	Code
CA	Cour d'appel
Cah. dr. Auteur	Cahier du droit d'auteur
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise (JCP E)
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
C. assur.	Code des assurances
C. C. C.	Contrat concurrence consommation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. G. I.	Code général des impôts
Ch.	chambre
Ch. mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réunies	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Chron.	chronique
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
Coll.	collection
comm.	commentaire
Concl.	conclusion
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Cons. État.	Conseil d'État
Contra.	Solution contradictoire
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
D. Affaires	Dalloz affaires
Déb.	débats
Déc.	Décision
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
D. H.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
D. P.	Recueil périodique de jurisprudence Dalloz
Doctr.	Doctrine
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. et procédures	Droit et procédure
Dr. Famille	Droit de la famille
Dr. Fiscal	Droit fiscal

Dr. Immobilier	Revue de droit immobilier
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. Pénal	Droit pénal
Dr. social	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	édition
Fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
IR	Informations rapides
ISF	Impôt de solidarité sur la fortune
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP CI	Juris-Classeur Périodique, édition entreprise et affaires avant 1984
JCP G (ou JCP)	Juris-Classeur Périodique, édition générale
JCP E	Juris-Classeur Périodique, édition entreprise et affaires
JCP N	Juris-Classeur Périodique, édition notariale
JCP S	Juris-Classeur Périodique, édition sociale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
journal. not.	Journal des notaires et des avocats et Journal du notariat (degrénois)
jur.	jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de la jurisprudence
n°	numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
obs.	observation
op. cit.	<i>Opere citato</i>
p.	page
Pan.	Panorama
préc.	Précité
P.U.A.M.	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
Quot. jur.	Quotidien juridique
Rapp.	Rapport
RD banc. et bourse.	Revue du droit bancaire et de la bourse
RD banc. fin.	Revue du droit bancaire et financier
RD imm.	Revue de droit immobilier
RDT	Revue de droit du travail
Rec. CE.	Recueil des arrêts du Conseil d'État
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. Sociétés	Répertoire des sociétés Dalloz
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. huiss.	Revue des huissiers
Rev. loyers	Revue des loyers
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RF comp.	Revue française de comptabilité
RFD adm.	Revue française de droit administratif
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RID éco.	Revue internationale de droit économique
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale

RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF	Revue de la jurisprudence fiscale
RJPF	Revue juridique personne et famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com.	Revue trimestrielle de droit commerciale
S.	Recueil Sirey
s.	suivants
somm.	Sommaires commentés
spéc.	spécialement
<i>Supra</i>	Voir ci-dessus
t.	tome
Trib. civ.	Jugement du tribunal, chambre civile
Trib. com.	Jugement d'un tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir
V°	Verbo au mot
Vol.	volume

À mes parents

إلى والداي

INTRODUCTION

1. Quoi de plus contradictoire en droit que l'expression *société unipersonnelle* ? Celle-ci trahit en effet sa substance même, exclut toute interprétation au sens linguistique et apparaît contraire à la notion même de société, que celle-ci soit envisagée dans sa conception dogmatique ou technique¹. La constitution d'une société unipersonnelle se heurtait avant la loi du 11 juillet 1985² à une impossibilité absolue, juridiquement parlant. On ne peut pas s'associer seul comme on ne peut pas se marier tout seul³. S'associer, c'est-à-dire constituer une société, au sens juridique du terme, suppose la réunion d'au moins deux personnes⁴.

2. Se lancer dans une étude sur la société unipersonnelle peut paraître, cependant, une démarche périlleuse qui n'intéresse plus les juristes. La société unipersonnelle est actuellement admise en droit positif et il importe plutôt de se résoudre à comprendre son régime juridique. Toutefois, il faut convenir que les choses sont loin d'être aussi simples que beaucoup voudraient le laisser croire. Les recherches actuelles montrent assez qu'il ne suffit pas de répéter quelques formules

¹ P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : D. 1985, chron., p. 187, note n° 7 : « on pourrait évidemment corriger cette absence de dualité d'associé en ayant recours, comme dans l'ancien droit, à la présence devine. En effet, dans l'ancien droit étaient admises des sociétés constituées entre un marchand et un fabricant et Dieu. En tant qu'associé, Dieu était réputé faire apport de sa grâce. Il participait également au partage par remise de sa part de bénéfices à des œuvres de piété ou caritatives. Mais mise à part la présence devine, la société unipersonnelle est bien contraire à la notion même de société ». – V. également A. SAYAG, « *De nouvelle structure pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : JCP G 1985, I, n° 3217 : « le droit des sociétés est tout entier fondé sur la recherche d'un équilibre très délicat entre les intérêts des associés ou entre ceux des associés et des dirigeants. Tout cela tombe à faux s'il n'y a plus qu'un seul intéressé ». – V. également du même auteur, « *Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle ? Une remise en cause infructueuse* » : Cah. dr. entr. 1990, n° 1, p. 22 : « le droit des sociétés, tout débat conceptuel mis à part, n'était pas opératoire en la matière... toute la mécanique, ô combien complexe, du droit des sociétés est condamnée à tourner à vide ».

² La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 a introduit la première forme de société unipersonnelle (l'EURL). Cette même loi dans le titre II prévoyait qu'une ou plusieurs personnes physiques majeures peuvent instituer une société civile dénommée « *exploitation agricole à responsabilité limitée* » (EARL. art. L. 324-1 et s. Code Rural).

³ V. cependant, J.-J. DAIGRE, « *Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : JCP G 1986, I, n° 3225 : le rapprochement avec le mariage est artificiel : « bien que n'étant pas un pur contrat, le mariage n'en est pas moins un véritable échange de consentements. Et puis, on ne se marie pas encore comme on peut s'associer : à plus de deux... »

⁴ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chronique, 1986, p. 249 : « c'est un contre sens qui a gêné le législateur lui-même puisque pour désigner sa nouvelle création, il n'a pas osé employer les mots de société unipersonnelle, il a créé la très beau vocal d'EURL. Mais cela ne change rien au fait que nous n'avons plus désormais de notions sûres : nous ne savons plus à quoi rattacher le concept de société, pas plus que le concept d'entreprise. Il est vrai que pour le concept d'entreprise nous ne l'avons jamais connu ».

célèbres ou de brandir quelques textes, et qu'à l'égard des situations contemporaines il faut des initiatives théoriques renouvelées⁵.

Il ne s'agit pas de faire une pure spéculation sur un texte juridique mais de traiter la possibilité d'une insertion adéquate de la société unipersonnelle au regard des concepts et notions avec lesquels elle entretient des relations étroites. Parmi ces dernières notions nous pouvons citer, sans être exhaustif, les notions de société, de personne morale, d'entreprise, de patrimoine et d'engagement unilatéral de volonté.

Il est tentant, peut-être, bon gré mal gré, de dire qu'à l'aune d'une prétendue évolution des concepts ou d'une simplification théorique critiquable, la réflexion sur la société unipersonnelle peut être réduite, avec un certain esprit de synthèse, à quelques lignes de lecture. Mais les difficultés ne manquent pas si l'on veut effectuer une étude d'ensemble sur la question puisque cela exige une certaine capacité non seulement à problématiser mais également à faire, tout en bannissant toute fantaisie, beaucoup d'efforts d'imagination⁶ et de clarification. Le but n'est donc évidemment pas de s'offrir le luxe inutile d'une réflexion théorique, mais de tâcher de reconstituer la réalité juridique et aussi de disséquer une question qui présentera toujours un intérêt pratique, spécialement au regard du droit des procédures collectives. Si la réussite n'est pas toujours au rendez-vous, c'est que nous ne prétendons pas présenter des choses soutenables mais discutables.

3. Force est de constater, en effet, que toute réflexion juridique impose au préalable un jugement de valeur. Le résultat de ce jugement est nécessairement qu'une préférence doit être accordée à la règle qui se révélera appropriée aux fins poursuivies⁷. Dans cette perspective, si l'on veut avoir une idée claire sur la notion de société unipersonnelle et lui apporter un jugement de valeur *de lege ferenda* et au regard des solutions admises en droit positif, il nous incombe de choisir, d'ores et déjà, un point de départ qui donne la direction des développements qui suivent. Cela

⁵ M. MIAILLE, « Une introduction critique au droit », éd. François Maspero, Paris, 1977, p. 380.

⁶ Sur la méthode d'imagination comme méthode de l'application du droit, V. P. DELNOY, « Éléments de méthodologie juridique 1. Méthodologie de l'interprétation juridique 2. Méthodologie de l'application du droit », 3^e éd. Larcier, 2008, Coll. de la faculté de droit de l'Université de Liège, n° 68, p. 218 et s : le juriste doit d'abord faire preuve d'imagination, non pas à l'instar d'un romancier qui invente une histoire qui ne s'est jamais déroulée, mais comme un historien, c'est-à-dire avec le souci de « reconstruire » la réalité telle qu'elle s'est déroulée ; également, *Ibid*, p. 219 : pour accomplir cette opération, le juriste doit également avoir un grand sens des réalités ou plutôt un grand sens de probabilité. Il ne lui faut pas, en effet, raisonner comme si toutes les suites imaginables d'un fait se réaliseront : la réalité dépasse moins souvent la fiction que la fiction ne dépasse la réalité.

⁷ P. ROUBIER, « Théorie générale de droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophies des valeurs sociales », 2^e éd. 1951, Sirey, p. 318 : Autrement dit, le problème réside donc, pour l'établissement des règles juridique, dans la recherche des valeurs sociales qui doivent être appréhendées par le droit, pour que celui-ci réalise ses fins dernières, à savoir l'établissement d'un ordre social harmonieux et la solution des différends entre les hommes.

est, sans doute, nécessaire si l'on entend emprunter une démarche scientifique, puisqu'une réflexion juridique ne part jamais de rien⁸.

Ce point de départ est peut-être facile à trouver et unanimement admis : la société unipersonnelle doit répondre, en tout état de cause, à l'exigence d'une société réelle. Mais ce n'est pas une démarche simple d'y répondre puisque ce n'est pas seulement une question de validité qui se pose ici mais également un travail de qualification. Il ne s'agit pas de verser dans le dogmatisme, puisque le débat sur la société unipersonnelle ne se réduit pas à ces deux aspects cités plus haut. En réalité, sans oublier la question théorique de l'incidence de la société unipersonnelle sur l'élaboration d'une nouvelle théorie *moderne* unitaire et cohérente de la société ou de celle de la personne morale, la notion de société unipersonnelle est discutée aussi, et principalement, sous l'angle de son utilité pratique et son efficacité technique.

La preuve de l'efficacité technique et de l'utilité pratique de la société unipersonnelle occupe une place capitale, non seulement dans le milieu juridique mais aussi dans le milieu économique. D'une part, l'efficacité technique et l'utilité pratique ont des influences théoriques profondes et ordonnent la cohérence conceptuelle notoirement nécessaire pour tout système juridique. D'autre part, ces aspects technique et pratique sont, en vérité, les garants des conséquences juridiques attachées à cette forme d'organisation et justifient notamment l'autonomie patrimoniale et la faveur de la limitation de responsabilité accordée à l'associé unique.

En droit, rien ne peut, en effet, être admis *a priori*, sans avoir examiné toutes les autres solutions possibles et les avoir écartées pour des raisons déterminées⁹. Mais comme l'observait HÉBRAUD, « *la nécessité de tenir ainsi en main tous les fils à la fois est sans doute l'une des principales difficultés de la réflexion juridique* »¹⁰. Il n'est, sans doute, pas téméraire d'affirmer que la manière de présenter une théorie ou la présenter d'un seul point de vue aboutira, vraisemblablement, à fausser le raisonnement juridique¹¹. Il convient alors de préciser qu'une meilleure vision du

⁸ C. M. STAMATIS, « *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique* », éd. Publisud 1995, p. 9 : celui qui médite sur des questions méthodologiques, dans les sciences naturelles aussi bien que dans le domaine des sciences humaines, ne part jamais de zéro et ne repose guère sur du vide. Il véhicule des éléments d'une culture juridique, elle-même composante d'une culture plus englobante.

⁹ J.-L. BERGEL, « *Méthodologie juridique* », PUF, 1^{ère} éd. 2001, p. 162.

¹⁰ P. HÉBRAUD, Rapport au 1^{er} Colloque des IEJ, in *La logique judiciaire*, Travaux et recherches de la faculté de droit et de science économique de Paris, PUF, 1969, p. 47.

¹¹ Sur cette question V. M. MIAILLE, « *Une introduction critique au droit* », éd. François Maspero, Paris 1977, p. 1 et s. – V. également F. VAN STEENBERGHEN, « *Épistémologie* », Publication universitaires de Louvain, Louvain et Éd. Béatrice-Nauwelaerts, Paris, 3^e éd., 1956, p. 122 : « *la « définition » d'une chose peut se faire de différents point de vue, surtout lorsqu'il s'agit d'une chose artificielle ; le sujet peut, suivant son centre d'intérêt, mettre en relief telles caractéristiques de la chose plutôt que telles autres* ».

statut de la société unipersonnelle en droit positif nous impose d'envisager la question dans toutes ses dimensions : théorique, technique, pratique ou réaliste. Mais également dans un souci d'économie, d'efficacité, de rapidité et de sécurité, toute activité juridique implique de fixer clairement des objectifs, de déterminer les opérations qu'ils requièrent, ainsi que les matériaux et instruments à utiliser et enfin de procéder à ces opérations de manière ordonnée et rationnelle¹².

Il nous incombe dès lors de décrire et préciser, dès le départ, l'évolution législative (I) avant de montrer l'intérêt (II), les méthodes et l'objet de l'étude (III). Ensuite nous pourrions justifier le plan (IV).

I. Une évolution législative inachevée

4. Avant 1985, l'idée même de société unipersonnelle se heurtait à une impossibilité juridique. Dans la théorie classique, les obstacles sont nombreux : la société est un contrat, la personne morale est un groupement de personnes. La notion de société unipersonnelle constitue enfin un détournement du principe de l'unicité du patrimoine. Ainsi, la théorie du patrimoine a été invoquée tant par la doctrine que par la jurisprudence comme obstacle à l'admission de la société unipersonnelle.

Pourtant, l'évolution économique et la pression des nécessités pratiques ont mis en cause la condition de pluralité de personnes. Afin d'encourager la création des entreprises et d'améliorer leurs organisations ou leurs régimes juridiques, le législateur a fini par admettre la notion de société unipersonnelle. Dans le monde juridique, la notion de société unipersonnelle est la résultante de l'évolution d'une certaine théorie de l'entreprise. Depuis la moitié du siècle dernier, un courant doctrinal voyait dans la société une technique d'organisation de l'entreprise. Afin de donner à l'entreprise unipersonnelle l'autonomie juridique qui lui manquait, deux techniques étaient en concurrence : le patrimoine d'affectation et la société unipersonnelle¹³. Le législateur s'était dans un premier temps prononcé en faveur de la technique de société unipersonnelle. Celle-ci apparaissait comme la seule institution certaine démontrant la reconnaissance d'un statut juridique de l'entreprise. Cependant, depuis 2003, différentes lois ont été promulguées afin de proposer un autre statut d'organisation de l'entreprise individuelle. Renforçant la

¹² J.-L. BERGEL, « *Méthodologie juridique* », PUF, 1^{ère} éd. 2001, p. 40. – V. également, P. DELNOY, « *Initiation aux méthodes d'application du droit* », Presses universitaires de Liège, 1989-1990, vol. 1.

¹³ J. ARTHUIS, Rapport au nom de la commission des lois du Sénat : JO. Doc. Sénat 1985, n° 287. – V. également, débat parlementaire, Sénat, séance du 22 mai 1985 : JO. 1985, Sénat, p. 648 et s. – *Rapport sur le projet de la loi relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, Ass. Nat., 10 avril 1984, n° 2598. – Exposé des motifs, projet de loi, Ass. Nat., 22 février 1985, n° 2577. – Débat, Sénat, séance du 23 mai 1985 : JO. 1985, p. 680 et s. – V. également : « *Proposition de loi tendant à la création de sociétés unipersonnelles* », présenté par MM. P.-B. COUSTÉ et autres députés : JO. Ass. Nat., du 3 avril 1978, n° 55 et du 30 juin 1978, n° 556. – « *Proposition de loi tendant à la création de sociétés commerciales unipersonnelles* », présentée par M. MONIANO : JO. Ass. Nat., du 9 septembre 1970, n° 1384.

protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel, cette kyrielle d'interventions législatives, d'ailleurs comme celles relatives aux différentes sociétés unipersonnelles, ont pour effet immédiat d'actualiser les débats sur la question du choix législatif. Il importe dès lors de rappeler l'évolution législative relative à la société unipersonnelle (A) et celle relative à la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel (B).

A. L'évolution législative de la société unipersonnelle

5. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985¹⁴ a introduit la première forme de société unipersonnelle (l'ÉURL, art. L. 223-1 C. com.¹⁵). Cette même loi dans le titre II prévoyait qu'une ou plusieurs personnes physiques majeures peuvent instituer une société civile dénommée « exploitation agricole à responsabilité limitée » : (EARL, art. L. 324-1 et s. c. rural)¹⁶. Affirmant son choix, le législateur a, par la suite, multiplié les formes des sociétés unipersonnelles. En effet, certaines réponses ministérielles se sont prononcées en faveur de la possibilité de constituer une société d'exercice libéral unipersonnelle¹⁷. Toutefois, confirmant un arrêt de la Cour d'appel¹⁸, la Cour de cassation avait décidé, sur le fondement de l'article 1^{er}, al. 2 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, que les sociétés constituées pour l'exercice d'une profession libérale, ayant pour objet l'exercice en commun de la profession, ne pouvaient être unipersonnelles¹⁹. Cependant, l'article 31 de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, renforçant l'efficacité de la procédure pénale, a supprimé l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de

¹⁴ JO, 12 juillet 1985, p. 7862 ; D. 1985, p. 393 ; JCP G 1985, III, n° 57435.

¹⁵ Lorsque les articles sont cités sans référence au Code, c'est du Code de commerce qu'il s'agit.

¹⁶ À propos de l'EARL V. N. OLSZAK, « Exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL) » : Répertoire sociétés, Dalloz, V° Agriculture, n° 528 et s. – J. HUGOT et J. RICHARD, « Statut d'une exploitation agricole à responsabilité limitée » : JCP N 1986, prat. n° 9743, p. 217. – J.-J. PRÉA, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'exploitation agricole à responsabilité limitée » : JCP N 1985, I, p. 309. – B. VÉRIGNON, « A propos de l'exploitation agricole à responsabilité limitée (extrait du rapport de la troisième Commission du 82e Congrès des notaires de France, Nice 1986) » : JCP N 1986, I, p. 69. – A.P.S., « La loi du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée » : Gaz. Pal. 1986, p. 4. – E. ALFANDARI et M. JEANTIN, « Exploitation agricole à responsabilité limitée. Loi du 11 juillet 1985 » : RTD com., 1986, p. 103, n° 1. – G. DAUBLON, « Remarques sur l'entreprise unipersonnelles à responsabilité limitée (loi du 11 juillet 1985) » : Defrénois 1986, art. 33641, p. 3, spéc. n° 17, p. 25 et s. – J.-F. PILLEBOUT, « Observation à propos de l'exploitation agricole à responsabilité limitée » : JCP N 1985, pratique, n° 9589, p. 642. – S. PERROT, « Les EARL », thèse, Paris I, 1992.

¹⁷ Rép. Min., n° 722 à M. FOSSET : JO déb. Sénat Q du 12 août 1993, p. 1411 ; Rev. Sociétés 1993, p. 911 ; Bull. joly 1993, § 266, p. 913. – Rép. Min. à M. R. MORCELLIN, JO déb. Ass. Nat., du 11 août 1986, n° 339, p. 2661 ; Bull. joly 1986, § 259, p. 862. – V. également S. DE VENDEUIL, « Une SELARL peut-elle être unipersonnelle » : JCP E 1997, pan., n° 25, p. 238.

¹⁸ CA Paris, 22 janvier 1997 : Bull. joly 1997, § 228, p. 579, note J.-J. DAIGRE ; JCP G 1997, II, n° 22971, p. 563, note R. MARTIN ; B. SOINNE, « L'illégalité de la société unipersonnelle d'exercice libéral (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 janvier 1997) » : Petites affiches 19 mars 1997, n° 34, p. 13 ; B. SOINNE : Gaz. Pal. 1997, 1, Doctrine, p. 713.

¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1999 : JCP E 1999, pan., p. 1132 ; A. LIENHARD, « Possibilité de créer une SEL unipersonnelle : le législateur désavoue la Cour de cassation » : D. Affaires 1999, p. 1119.

la loi du 31 décembre 1990, ce qui a permis désormais la constitution de sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée unipersonnelle (SELARLU)²⁰. De même, multipliant les sociétés unipersonnelles, la loi n° 99-1124 du 28 décembre 1999 a admis l'entreprise unipersonnelle sportive à responsabilité limitée (l'EUSRL)²¹. L'associé unique est nécessairement une association sportive, dite association-support. L'EUSRL est soumise à l'obligation de se conformer à des statuts types définis par décret en Conseil d'Etat²².

Poursuivant la même voie, la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 relative à l'innovation et à la recherche, réformant en profondeur les sociétés par actions simplifiée²³, a notamment autorisé qu'une SAS soit constituée par un seul associé, personne physique ou personne morale (art. L. 227-1, al. 2)²⁴. La loi NRE du 15 mai 2001 (art. 130) a autorisé, aussi, les SEL à prendre la forme d'une SAS²⁵.

²⁰ À propos de SEL unipersonnelle V. Th. BONNEAU, « *De la multiplication des sociétés unipersonnelles* » : Dr. sociétés, octobre 1999, n° 144, p. 11. – J.-J. DAIGRE, « *La SELARL unipersonnelle : légalité, intérêts et inconvénients* » : Bull. joly 2000, § 51, p. 255. – B. SOINNE, « *La légalité de la société unipersonnelle libérale* » : Rev. proc. coll. 1996, p. 189. – J.-Cl. HALLOUIN, « *La société d'exercice libéral peut-elle être unipersonnelle ?* » : D. 2000, p. 239. – B. BA BADJANG, « *La légalité de la société unipersonnelle d'exercice libéral* » : Gaz. Pal. 1999, 2, 1285. – B. SAINTOURENS « *La consécration législative des sociétés d'exercice libéral sous forme d'E.U.R.L.* » : Defrénois 1999, art. 37067, p. 1237.

²¹ JO, 29 décembre 1999, p. 19582.

²² Pour un statut type de l'EUSRL, V. JO du 25 juillet 2007, p. 12506. – l'EUSRL ne peut pas se constituer sous forme de société en commandite par actions ou sous forme de SAS. En effet, la première forme est de nature à conférer la qualité de commanditée à l'association-support et la qualité de commanditaire aux investisseurs privés. Cette logique a pour conséquence de conférer la qualité de commerçant de droit à l'association-support et la rendre responsable indéfiniment des dettes sociales. Quant à la SAS, elle se caractérise par sa souplesse résultant de la liberté contractuelle dont bénéficient les associés pour rédiger ses statuts. C'est cette liberté qui est à l'origine de l'opposition du législateur à son utilisation par les clubs sportifs : F. RIZZO, « *Les sociétés sportives* » : Revue Lamy Droit des Affaires 2001, chron. 44. – à propos de l'EUSRL V. également, Lamy droit du sport, n° 206-1 et s. – C. GERSCHEL, « *L'évolution inachevée du statut juridique des groupements sportifs professionnels au lendemain de la loi n° 99-1124 du 28 décembre 1999* » : D. 2000, chron., p. 387. – G. AUNEAU, « *Les aspects juridiques de la gestion économique des clubs sportifs professionnels : l'adoption d'une nouvelle loi* » : JCP G 2000, I, n° 216, p. 565. – C. AMBLARD, « *Des nouveaux cadres juridiques pour l'exercice du sport professionnel en France* » : Rev. jur. éco. sports 2001, n° 59, p. 43. – M. PELTIER, « *La réforme des sociétés sportives opérée par la loi du 28 décembre 1999* » : Bull. joly. 2000, § 129, p. 585 ; du même auteur, « *L'influence de la loi du 28 décembre 1999 sur le financement des sociétés sportives* » : Gaz. Pal. 7 et 8 juillet 2000, p. 6.

²³ Dans sa version initiale issue de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994, la SAS était conçue comme une société des sociétés, et envisageant une structure juridique apportant de la souplesse contractuelle aux filiales communes des grandes sociétés et un instrument souple de coopération entre sociétés française et avec des partenaires étrangers. Avec la loi du 12 juillet 1999 la SAS est devenue une société ouverte à tous les entrepreneurs, sorte de société anonyme simplifiée par certains aspects, mais privilégiant dans le même temps la liberté laissée aux statuts dans certains domaines, notamment l'organisation de la direction de la société : B. DONDERO, « *Droit des sociétés* » : Dalloz 2009, n° 912, p. 401.

²⁴ À propos de la SASU, V. Y. GUYON, « *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées – la loi du 12 juillet 1999, ar. 3* » : Rev. sociétés 1999, p. 505. – M. GERMAIN, « *La SAS libérée* » : JCP E 1999, n° 39, p. 1505. – D. VIDAL, « *Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée (Commentaire de l'article 3 de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche)* » : Dr. sociétés août-septembre 1999, chron., n° 15, p. 4. – Th. BONNEAU, « *De la multiplication des sociétés*

Il faudrait ajouter encore que la loi de finances n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 a institué un nouveau véhicule juridique et fiscal, dénommée « société unipersonnelle d'investissement à risque (SUIR) ». Cette société doit obligatoirement prendre la forme juridique d'une SASU. Elle a pour objet social exclusif la souscription en numéraire du capital initial ou aux augmentations de capital de sociétés ayant leur siège social dans un Etat de la Communauté européenne et dont les titres ne sont pas admis sur un marché réglementé. L'associé unique est nécessairement une personne physique²⁶. La SUIR est spécifiquement adaptée aux investisseurs

unipersonnelles » : Dr. sociétés 1999, comm., n° 144. – J. PAILLUSSEAU, « *La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés !* » : D. 1999, chron., p. 333. – R. RANDOUX, « *Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée* » : JCP N 1999, n° 43-44, p. 1567. – J.-J. CAUSSAIN, « *Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs* » : JCP E 1999, n° 42, p. 1664. – P. LE CANNU, « *La SAS pour tous* » : Bull. joly 1999, § 198, p. 841. – C. CHAMPAUD et D. DANET, « *Reforme de la SAS. Introduction d'une société par actions simplifiée unipersonnelle* » : RTD com., 1999, p. 872. – R. REINHARD, « *La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée* » : RTD com., 1999, p. 898. – M. STORCK, « *Aménagement du régime de la société par actions simplifiée* » : Banque et droit 1999, n° 67, p. 53. – M. BOIZARD, « *La société par actions simplifiée : une nouvelle structure pour les PME* » : D. Affaires 1999, p. 957. – G. BARANGER, « *Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la SAS unipersonnelle* » : Bull. joly 1999, § 197, p. 831. – P.-H. CONAC, « *Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)* » : Bull. joly 1999, § 133, p. 607. – J. PAILLUSSEAU, A. THEIMER, A. OUTIN-ADAM, S. BIENVENU et A.-M. REITA-TRAN, « *La société par action simplifiée : une structure pour les PME et les personnes physiques* » : JCP E 2010, n° 1635, p. 26.

²⁵ V. J.-J. DAIGRE, « *La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit financier et de droit des sociétés* » : JCP E 2001, n° 24, p. 965 et n° 26, p. 1061 et s. – V. également : D. PORACCHIA, « *La société d'exercice libéral par actions simplifiée* » : Dr. et patrimoine, novembre 2001, p. 84. – A. BOUGNOUX, « *Société d'exercice libéral par action simplifiée unipersonnelle (SELASU)* » : JurisClasseur Entreprise individuelle, 2006, Fasc. 975.

²⁶ Sur la SUIR V. note sous Projet de loi de finances pour 2004 : JCP E 2003, n° 256, p. 1545. – « *Société Unipersonnelle d'Investissement à Risque (SUIR): création d'un statut juridique et fiscal spécifique* » : JCP N 2004, n° 1071, p. 204. – Ch.-E. PRIEUR, « *La Suir, un nouveau véhicule pour les business angels* » : Option finance, 2003, n° 755, p. 38. – « *Société unipersonnelle d'investissement à risque. Loi de finances pour 2004, art. 91* » : JCP E 2004, n° 201, p. 221 ; JCP N 2004, n° 1071, p. 204 : il ne pourra être dérogé à la condition d'unicité d'associé qu'à la suite du décès de cet associé unique, et avec des associés qui sont obligatoirement les héritiers de l'associé initial de la SUIR. Hormis cette disposition dérogatoire c'est les règles de fonctionnement prévues pour les SASU qui s'appliqueront à la SUIR. La SUIR bénéficie, sous réserve de respecter certaines conditions d'investissement, d'un régime fiscal de faveur. Quant aux conditions d'investissement, la loi de 2004 a prévu, entre autres conditions, deux conditions relatives à la détention du capital. D'une part, la SUIR doit détenir au moins 5 % (investissement minimum) et au plus 20 % (investissement maximum) du capital des sociétés dans lesquelles elle investit. D'autre part, l'associé unique et les membres de son groupe familial (son conjoint et leurs ascendants et descendants) doivent détenir ensemble, directement ou indirectement, moins de 25 % des droits financiers et des droits de vote dans les sociétés dans lesquelles la SUIR a pris une participation. Cette condition doit être remplie de façon continue depuis la création de la société. Quant au régime fiscal, il s'agissait principalement d'une exonération d'impôt sur les sociétés (article 208 D du CGI) et d'IFA (article 223 septies CGI) pendant dix exercices à partir de sa création. L'associé unique est, quant à lui, exonéré de l'IR à raison des distributions effectuées par la société et prélevées sur ses bénéfices exonérés d'IS (article 163 quinquies C bis du CGI). – V. également, O. DE MATTOS, « *Innovation : le PLF 2006 mise sur des mesures en faveur du capital risque !* » : Communication Commerce électronique n° 12, décembre 2005, alerte 310. – « *Société unipersonnelle d'investissement à risque* » : Dr. fiscal, n° 1, 12 janvier 2006, comm. 26. – « *Société unipersonnelle d'investissement à risque* » : Dr. fiscal, n° 29, 20 juillet 2006, instr. 13568 – C. GUIONNET, « *Les assouplissements récents du régime fiscal de faveur de*

« providentiels » (ou « business angels ») qui apportent des capitaux et leur expérience professionnelle pour aider au démarrage des entreprises en création, sans toutefois participer à leur gestion. Le régime juridique et fiscal de la SUIR est défini à l'article 91 de la loi de finances pour 2004 et codifié à l'article 208 D du CGI. Cependant, tirant les conséquences de l'absence de succès de la SUIR, l'article 34 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite LME, a supprimé le régime de faveur accordé aux SUIR créées à partir du 1^{er} juillet 2008²⁷.

6. On peut citer également la 12^e directive du Conseil des communautés européennes n° 89/667 CEE du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés. Cette directive a consacré la société à responsabilité limitée à un seul associé²⁸. Mais il importe de rappeler que le droit français impose une intervention du législateur pour que la forme unipersonnelle soit admise. Ainsi, un amendement prévoyant l'introduction de la société anonyme unipersonnelle par la loi Breton n° 2005-842 du 26 juillet 2005 a été rejeté²⁹. De même, certains auteurs ont plaidé en vain pour une société en nom collectif unipersonnelle³⁰.

7. Quelle que soit la forme adoptée, il va sans dire que l'unicité d'associé impose certaines adaptations par rapport au droit commun des sociétés pluripersonnelles. Dans ce sens, différents textes, lois et décrets, sont intervenus non

la SUIR suffiront-ils à convaincre les investisseurs ? » : Option finance, 2006, n° 899, p. 41 : la loi de finances n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 (article 81) avait apporté certains aménagements au régime juridique et fiscal de la SUIR et qui ont été appliqués à partir du 1^{er} janvier 2006. Cette loi avait assoupli les conditions d'investissement de la SUIR et de son associé unique dans le capital des entreprises en création. La loi de 2005 a, en effet, modifié les seuils de détention de capital par la SUIR dans les sociétés cibles. D'une part, le seuil d'investissement minimum de 5 % est supprimé. D'autre part, le seuil d'investissement maximal de 20 % est relevé à 30 %. Corrélativement, la participation maximale, directe et indirecte, de l'associé unique de la SUIR et des membres de sa famille dans le capital des sociétés cibles (figurant à l'actif de la SUIR) passe de moins de 25 % à au plus 30 %. Quant au régime fiscal, la loi de 2005 a encadré l'exonération d'impôt sur le revenu dont bénéficiait l'associé unique. Cette exonération ne s'applique plus pour les exercices suivants la perte du régime fiscal spécifique de la SUIR.

²⁷ En réalité, moins d'une dizaine de SUIR ont été créés entre 2004 et 2008, V. « *Limitation de l'application du régime de faveur des SUIR aux sociétés créées avant le 1^{er} juillet 2008* » : Dr. fiscal n° 36, 4 Septembre 2008, comm., n° 451, p. 54. – F. PERROTIN, « *Loi LME : un texte favorable aux petites entreprises* » : Petites affiches, 3 septembre 2008 n° 177, p. 3.

²⁸ S. MOUSOULAS, « *La société unipersonnelle à responsabilité limitée communautaire – appréciation de la XII^e directive du conseil en matière des sociétés* » : Rev. sociétés 1990, p. 395. – V. également sur la société unipersonnelle en droit allemand : Cl. WITZ et J.-M. HAUPTMANN, « *La constitution de la SARL unipersonnelle en droit allemand (loi du 4 juillet 1980)* », Gaz. Pal. 1982, I, doct. 133. – M. LUTTER, « *La réforme de la GmbH (SARL) par la loi du 4 juillet 1980 de la République fédérale allemande ; la « deutsche GmbH – nouvelle 1980* » : Rev. sociétés 1980, p. 645. – N. HORN, « *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée et l'expérience allemande* », RTD com., 1984, p. 1.

²⁹ Sur la société anonyme unipersonnelle V. K. RODRIGUEZ, « *Réflexion sur la société anonyme unipersonnelle* » : Bull. joly 2006, chron., § 2, p. 10. – C. CHAMPAUD et D. DANET, « *Sociétés unipersonnelles, projet de création d'une société anonymes unipersonnelle* » : RTD com., 2005, p. 741.

³⁰ Sur la société en nom collectif unipersonnelle : A. REYGROBELLET, « *Pour une société en nom collectif...unipersonnelle* » : D. 2003, chron., p. 679.

seulement dans l'objectif de simplifier l'organisation et de tenir compte de l'unicité de l'associé mais essentiellement dans l'objectif de faciliter et d'encourager la création des entreprises. Quel que soit l'objectif poursuivi, tout en participant à consacrer plus nettement la société unipersonnelle comme patrimoine d'affectation³¹, ces évolutions ne sont pas dépourvues de certains effets pervers ou d'organisations contradictoires.

8. Dans l'objectif d'encourager la création des entreprises, plusieurs lois ont contribué à élargir le champ des personnes pouvant constituer l'une des sociétés unipersonnelles autorisées par la loi et à assouplir l'exigence du capital social et le régime des apports, tout en simplifiant les formalités de constitution des sociétés unipersonnelles. Dans le domaine des personnes pouvant constituer une société unipersonnelle, la loi Madelin du 11 février 1994 a permis à une personne physique d'être désormais l'associé unique de plusieurs EURL, ce qui était possible uniquement pour les personnes morales (art. L. 223-1, C. com.). Ensuite, par une réponse ministérielle, il a été admis que l'associé unique d'une EURL pouvait également être une association, à condition toutefois que l'objet social et la capacité commerciale de l'EURL soient conformes à ceux de l'association³². Enfin, plusieurs interventions législatives ont assoupli le régime des incapacités. D'une part, si, en application du droit commun de la SARL pluripersonnelle, l'associé unique d'une EURL n'a pas la qualité de commerçant et peut donc être un mineur, la loi du 11 juillet 1985 exigeait pour les associés d'une EARL une condition de majorité. Cependant, cette exigence de majorité, difficilement compatible avec l'objectif de faciliter les transmissions d'exploitations, a été supprimée par la loi n° 2005-157 du 23 février 2005. D'autre part, la loi n° 2010-685 du 15 juin 2010 a restauré³³ la possibilité pour le mineur émancipé de devenir commerçant et donc la possibilité de créer et gérer une société unipersonnelle³⁴.

De même, non sans contradiction avec la logique d'une organisation limitant la responsabilité des associés, mais dans le dessein d'inciter à la création

³¹ V. Cl. CHAMPAUD et D. DANET, « EURL. Approbation des comptes sociaux lorsque le gérant est l'associé unique » : RTD com., 2007, p. 161 : comme tout subterfuge juridique, la fiction sociétaire retenue, pour éviter de porter atteinte à cette vache sacrée du droit français qui est la théorie de l'unicité du patrimoine, n'en finit pas d'embarrasser le législateur qui doit sans cesse pallier l'inadéquation de la technique juridique à la réalité économique et sociale en ce domaine.

³² Rép. Min., n° 8532 : JO déb. Sénat Q 2 février 1995, p. 279 ; JCP E 1995, pan. 195 ; Dr. sociétés 1995, comm. n° 57, obs. D. VIDAL ; Th. BONNEAU, « L'associé unique d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée peut-il être une association déclarée ? » : Dr. sociétés avril 1995, chron., n° 5, p. 3 ; A. ALFANDARI et M. JEANTIN, « Possibilité pour une association d'être associé unique d'une EURL » : RTD com., 1995, n° 19, p. 809.

³³ En réalité la loi du 5 juillet 1974 qui a fixé l'âge de majorité à 18 ans au lieu de 21 ans n'avait pas maintenu la possibilité, issue du Code de commerce de 1807, pour le mineur émancipé de devenir commerçant.

³⁴ V. les articles 389-8, 401, 408, 413-8 du Code civil et l'article L. 121-2 du Code de commerce.

d'entreprises, différentes lois ont assoupli largement l'exigence du capital social et le régime juridique des apports.

En premier lieu, concernant le capital social, la loi n° 2003-721 pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 a supprimé dans les SARL l'obligation de fixer le capital social au minimum légal de 7 500 €. L'article L. 223-2 du Code de commerce précise actuellement que le montant du capital social est fixé dans les statuts³⁵. De même, à sa création, la SASU devait respecter un capital social minimum qui était le même que dans la société anonyme fermée (250 000 F, 37 000 €). Cependant, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite LME, assouplissant le régime juridique de la SAS, a supprimé aussi l'exigence d'un capital minimum. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 227-2 du Code de commerce disposait que « *le montant du capital social est fixé par les statuts* ». L'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 a certes supprimé cet alinéa mais il n'en demeure pas moins qu'actuellement, l'absence d'un capital minimum résulte, quand même, de l'article L. 227-1 al. 3 du Code de commerce, qui exclut, pour la SAS, l'application de l'article L. 224-2 disposant que « le capital social doit être de 37 000 € au moins ».

En second lieu, le législateur a assoupli le régime des apports. Traditionnellement, dans les sociétés à responsabilité limitée, les apports en numéraire et les apports en nature devaient être intégralement souscrits et libérés dès la constitution. Cependant, depuis la loi NRE du 15 mai 2001, la libération des apports en numéraire peut, dans les SARL, n'être que du cinquième de leur montant, le surplus devant être libéré dans un délai maximum de cinq ans (art. L. 223-7). Dans le même sens, la loi NRE avait accordé à la SAS le bénéfice des dispositions de l'article L. 225-3 du Code de commerce, ce qui autorisait la SAS à libérer la moitié des actions en numéraire lors de la souscription, le complément devant être versé dans un délai maximum de cinq ans. En outre, il convient d'ajouter que, comme pour la SARL (article 223-7 alinéa 2)³⁶, la loi dite LME du 4 août 2008 a autorisé les apports en industrie pour les SAS³⁷ (article L.227-1, al.4). Mais il est évident que l'associé unique ne peut pas se limiter à n'effectuer qu'un apport en industrie.

³⁵ V. T. MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro » : Bull. joly 2002, § 289, p. 1361. – G. SERRA, « Les fondement juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? » : Bull. joly 2004, § 185, p. 915 et les références citées note n° 12.

³⁶ Cette possibilité est ouverte pour les SARL depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

³⁷ Avant la LME, l'interdiction des apports en industrie résultait, par renvoi de l'alinéa 3 de l'article L.227-1 à l'article L. 225-3 du Code de commerce. La LME n'a pas supprimé ce renvoi, mais elle a ajouté un nouvel alinéa 4 au sein de l'article L. 227-1 qui est incompatible avec l'article L. 225-3 et qui dispose actuellement que « *la société par actions simplifiée peut émettre des actions inaliénables résultant d'apports en industrie tels que définis à l'article 1843-2 du Code civil...* » ; La nature exacte de ses titres reste ambiguë. Sur ce point V. G. RIPERT et R. ROBLOT, « Les sociétés commerciales », LGDJ., 19^e éd. 2009, t.

Poursuivant son objectif de faciliter la création des entreprises, le législateur a assoupli la procédure de constitution, tant en proposant des statuts types qu'en réduisant les formalités de constitution. D'une part, en application de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, dite « loi en faveur des PME », le décret n° 2006-301 du 9 mars 2006 a fixé un modèle de statuts types (article D. 223-2)³⁸. Cependant, la loi du 4 août 2008 a modifié l'article L. 223-1 du Code de commerce en prévoyant qu'« un décret fixe un modèle de statuts types de société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance et les conditions dans lesquelles les statuts sont portés à la connaissance de l'intéressé. Ces statuts types s'appliquent à moins que l'intéressé ne produise des statuts différents lors de sa demande d'immatriculation ». Le décret n° 2008-1419 du 19 décembre 2008 a donné à l'article D. 223-2 un nouveau contenu³⁹ et a remplacé, à l'annexe 2-1, le modèle des statuts types qui était issu du décret n° 2006-301 du 9 mars 2006.

D'autre part, la loi LME du 4 août 2008 a prévu, aux articles 56 à 59, une mesure de réduction des formalités de publicité identique pour les SARL et les SAS ne comportant qu'un seul associé. Les hypothèses visées sont uniquement celles où l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou la présidence. En effet, le décret n° 2008-1488 du 30 décembre 2008, portant diverses mesures destinées à favoriser le développement des petites entreprises⁴⁰ et qui comporte dans son article 5 des mesures de nature réglementaire, a modifié l'article R. 123-155 du Code de commerce. Il a, en effet, précisé dans un nouveau alinéa (al. 2) que l'insertion d'un avis au BODACC n'est pas requise en cas d'immatriculation d'une SARL dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou d'une SAS dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence⁴¹. De même, le dernier alinéa de l'article L. 123-159 est modifié pour appliquer la même dispense à propos des modifications des statuts de ces sociétés. En effet, selon ce dernier article, si l'une des mentions figurant dans l'avis faisant suite à l'immatriculation (ex : dénomination sociale, montant du capital, activité exercées...) est modifiée, un avis modificatif doit être inséré au BODACC.

1, vol. 2, n° 1999, p. 703. – P. LE CANNU et B. DONDERO, « Droit des sociétés », Montchrestien, 3^e éd. 2009, n° 966, p. 648.

³⁸ V. Bull. joly 2006, § 140, p. 667.

³⁹ L'article D. 223-2 disposait « un modèle des statuts types de la société à responsabilité limitée dont l'associé unique assume personnellement la gérance figure en annexe 2-1 du présent livre.

Le recours à ce modèle est facultatif. Ce modèle peut être complété en tant que de besoin.

Le centre de formalité des entreprises propose ce modèle de statuts types au fondateur de la société ».

⁴⁰ Sur un commentaire du décret V. notamment B. SAINTOURENS, « Les décrets d'application pour le droit des sociétés de la loi de modernisation de l'économie » : Rev. sociétés 2009, p. 239.

⁴¹ V. pour la SARL l'article L. 223-1, al 3, issu de l'article 56-II, 1° de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 « la société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance est soumis à des formalités de publicité allégées déterminées par décret en Conseil d'État. Ce décret prévoit les condition de dispense d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ». – V. Pour la SASU, l'article L. 227-1, al. 5 du Code de commerce issu de la loi du 4 août 2008.

Dès lors que la société unipersonnelle est exemptée de l'insertion d'un avis consécutif à son immatriculation, il a été estimé logique de prolonger cette dispense pour les modifications touchant à la société et intervenant en cours de la vie sociale. Sachant que l'article L. 123-159 couvre aussi les hypothèses de nullité et de dissolution de la société⁴².

9. Dans l'objectif de simplifier la gestion des sociétés unipersonnelles et afin de tenir compte de l'unicité d'associé, surtout lorsque l'associé unique assume personnellement la gérance, le législateur a introduit certaines règles dérogatoires au droit commun. D'une part, la loi du 2 août 2005 dite « loi en faveur des PME », a établi qu'une seule opération suffit pour l'approbation et la publication des comptes au RCS (article L. 223-31, al. 2 du Code de commerce). Les comptes annuels seront réputés approuvés par le dépôt au greffe des seuls comptes annuels et de l'inventaire⁴³. D'autre part, la loi du 19 octobre 2009, tendant à favoriser l'accès aux crédits des PME et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, a dispensé certaines entreprises unipersonnelles (EURL ou SASU) de l'établissement du rapport annuel de gestion⁴⁴. Cette dispense concerne, en réalité, les petites entreprises unipersonnelles dont l'associé unique, personne physique, est seul gérant ou président et qui ne dépassent pas, à la clôture d'un exercice, deux des trois seuils retenus pour la nomination obligatoire d'un commissaire aux comptes : total du bilan d'un million et demi d'euros pour les EURL (un million pour les SASU), chiffre d'affaires hors taxes de 3,1 millions d'euros (2 millions d'euros pour les SASU), nombre moyen de salariés de 50 (20 pour les SASU). Étant dispensées de produire un rapport de gestion, les entreprises unipersonnelles seront délivrées par la même occasion de l'obligation de le publier au greffe (art. L. 232-22 et L. 232-23).

10. Enfin, l'adaptation du régime de dissolution à l'unipersonnalité a relevé la contradiction entre deux objectifs : ou bien opter pour une procédure lourde et coûteuse incompatible avec la taille de l'entreprise mais imposée en application du droit commun qui prévoit la liquidation en cas de dissolution. Ou bien simplifier l'organisation en fonction de l'unicité de l'associé et de la taille de l'entreprise et, par

⁴² B. SAINTOURENS, « Les décrets d'application pour le droit des sociétés de la loi de modernisation de l'économie » : Rev. sociétés 2009, p. 239.

⁴³ V. Cl. CHAMPAUT et D. DANET, « EURL. Approbation des comptes sociaux lorsque le gérant est l'associé unique (Décret n° 2006-1566 du 11 déc. 2006, JO 12 déc.) » : RTD com., 2007 p. 161. – G. BARANGER, « Associé unique ne succombez pas à la simplification » : Bull. joly 2005, § 288, p. 1298. – Pour une comparaison claire entre SARL et EURL V. notamment : M. SUPIOT et P. BIROTHEAU, « Assemblée générale ordinaire annuelle d'une SARL et approbation des comptes d'une EURL » : JCP E 2010, n° 1390, p. 20. – A. LIENHARD, « Le Sénat a apporté plusieurs modifications aux dispositions de simplification votées par l'Assemblée nationale, qu'il s'agisse des SARL, des SAS ou des SA. Il a ajouté des mesures concernant les SEL » : D. 2008, p. 1813. V. également E. BUTTET, « Procès verbal de décisions de l'associé unique d'EURL » : Bull. joly 1989, § 99, p. 295.

⁴⁴ Sur cette mesure V. notamment : Cl. CHAMPAUT et D. DANET, RTD com., 2009 p. 742. – W. ALTIDE, « Sociétés unipersonnelles (EURL et SASU) dirigées par leur associé unique personne physique. La fin de l'exigence de l'établissement du rapport annuel de gestion » : JCP N 2009, n° 1323, p. 36.

voie de conséquence, appliquer le régime de la transmission universelle du patrimoine. La loi du 11 janvier 1985 n'ayant pas prévu de règle dérogatoire au droit commun de la SARL pluripersonnelle, c'était donc le régime de la liquidation qui devait s'appliquer. Toutefois, la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 a ajouté un troisième alinéa à l'article 1844-5 du code civil : « En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation ». Cette disposition, qui avait pour objectif louable d'alléger le formalisme de la dissolution des sociétés unipersonnelles, a eu pour effet pervers de priver l'associé unique du bénéfice de la limitation de responsabilité au moment de la dissolution⁴⁵. La loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001, est donc venue compléter l'article 1844-5 du code civil par un quatrième alinéa ainsi rédigé : « Les dispositions du troisième alinéa ne sont pas applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique ». Ce nouvel alinéa écarte la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, personne physique, qui relève désormais du régime classique de la dissolution avec liquidation. Il s'ensuit que la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique continuera de jouer lorsque celui-ci sera lui-même une personne morale. De même, en dehors du cadre particulier des procédures collectives, l'associé unique d'une société unipersonnelle (qu'il s'agisse d'une EURL, d'une SELARL, d'une SASU ou encore d'une EUSRL) demeure exposé, en présence d'autres causes de dissolution que la liquidation judiciaire, aux risques de la transmission du patrimoine social.

La personne physique jouit donc d'une situation plus favorable que celle de la personne morale. C'est la même préoccupation législative qui inspire les multiples lois tendant à protéger le patrimoine personnel ou familial de l'entrepreneur individuel, personne physique. Cependant, malgré les efforts du législateur pour simplifier les modalités de création et de fonctionnement de la société unipersonnelle, plus de la moitié des entreprises créées en 2008 l'ont été en nom propre : cette statistique montre l'attachement des entrepreneurs à ce statut⁴⁶. Ainsi, la question du choix entre société unipersonnelle et patrimoine d'affectation est à nouveau actualisée en raison d'un enchaînement des lois renforçant la protection patrimoine de l'entrepreneur individuel.

B. L'évolution législative renforçant la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel

⁴⁵ F. KENDERIAN, « *La contribution aux pertes sociales* » : Rev. sociétés 2002, p. 617.

⁴⁶ Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JO, Ass. Nat., du 22 janvier 2010, n° 2265.

11. Répondant à un objectif d'équité et de justice sociale⁴⁷, différentes interventions législatives ont enfin été couronnées par la loi n° 2010-685 du 15 juin 2010, créant un statut juridique pour l'EIRL (Entrepreneur individuel à responsabilité limitée). Tout en constituant l'autre versant de la société unipersonnelle, et elle aussi dans l'objectif d'encourager la création d'entreprises nouvelles, cette loi instaure, en quelque sorte, un patrimoine d'affectation économique et relance les débats sur l'unicité du patrimoine.

Tout d'abord, est intervenue la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite loi Madelin, ayant pour but avoué de promouvoir la constitution d'un statut juridique suffisant et plus opportun de l'entreprise individuelle⁴⁸. Cette loi, qui a été votée selon la procédure d'urgence, s'inspire directement du rapport de M. Jacques BARTHELEMY rendu le 28 avril 1993 au Conseil économique et social afin d'enrayer la dérive sociétaire⁴⁹. M. BARTHELEMY proposait, en réalité, d'abandonner le principe d'unité du patrimoine afin d'instituer une entreprise patrimoniallement autonome de celui qui la gère. Mais l'avis du Conseil n'a pas été suivi. La loi Madelin a instauré seulement un ordre de priorité des biens saisissables (l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier). En premier lieu, deux des trois dispositions de l'article 47 de ladite loi insèrent un nouvel article 60-1 dans la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. Ces deux dispositions ont imposé aux établissements de crédit qui ont l'intention de demander une sûreté réelle d'informer l'entrepreneur individuel qu'il peut proposer une garantie sur ses biens professionnels et d'indiquer le montant de la garantie souhaitée. En tout état de cause, cela n'empêche pas que des garanties soient prises sur le patrimoine personnel. En second lieu, une troisième disposition a créé l'article 22-1 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. D'après cet article,

⁴⁷ V. L'intervention sur L'EIRL de Mme, Laure DE LA RAUDIÈRE, Discussion du texte de la commission mixte paritaire, séance de 12 mai 2010. V. également, Rapport fait par Mme Laure DE LA RAUDIÈRE au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi *relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* : JO, Ass. Nat. séance du 10 février 2010, n° 2298 - L'intervention de M. Hervé NOVELLI, à propos de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée: Ass. Nat., séance du 17 février 2010 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cri/2009-2010/20100135.asp#ANCR20100000055-00428>

⁴⁸ Sur cette loi V. P. RUBELLIN, « *L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel. Remarques sur l'article 47 de la loi Madelin du 11 février 1994* » : JCP G 1995, n° 3856, p. 289. - J. DEVÈZE, « *Le financement de l'entreprise individuelle. Commentaire de l'article 47 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle* » : Petites affiches 7 septembre 1994, n° 107, p. 4. - P. LE CANNU et J.-P. BOUÈRE, « *La loi Madelin et le droit des sociétés* » : Bull. joly 1994, § 61, p. 237. - D. MARTIN, « *De l'entreprise individuelle* » : RD banc. et bourse, Repère professionnels, mars-avril 1994, p. 50. - M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, « *Protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel et de la caution* » : RTD com., 1994, p. 329. - J. DERRUPÉ, « *Un petit pas vers le patrimoine affecté* » : RTD com., 1994, p. 241.

⁴⁹ J. BARTHELEMY, « *L'entreprise individuelle* », Rapport au Conseil économique et social, JO, séance des 27 et 28 avril 1993.

l'entrepreneur peut demander à son créancier professionnel que l'exécution forcée de sa créance soit poursuivie en priorité sur les biens nécessaires à l'activité professionnelle. Cet ordre de priorité ne vaut qu'à la double condition que le créancier ne s'y oppose pas et que ces biens soient d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance. Il s'agit, en réalité, d'un texte complexifiant le droit du cautionnement de manière totalement inutile puisque dénué de la moindre sanction⁵⁰.

Ensuite, d'une manière plus spectaculaire, l'article 8 de la loi n° 2003-721, dite « loi pour l'initiative économique », du 1^{er} août 2003 (loi Dutreil) a complété le titre II (intitulé « *des garanties* ») du livre V du Code de commerce (intitulé « *des effets de commerce et des garanties* »), par un VI^e chapitre, intitulé « *De la protection de l'entrepreneur individuel et de son conjoint* » qui comprend les articles L. 526-1 à L. 526-4. Cette loi, qui rappelle celle 12 juillet 1909 instituant le bien de la famille⁵¹, a pour but, selon l'exposé des motifs, de réduire la prise de risques de l'entrepreneur individuel. Elle permettait, en effet, à ce dernier, par dérogation au principe de l'unicité du patrimoine contenu dans les anciens articles 2092 et 2093 du Code civil (actuellement 2284 et 2285 du même Code), de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale⁵². Cette loi a été, cependant, modifiée

⁵⁰ O. CUPERLIER, « *La sanction prévue par l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier ne bénéficie pas à la caution* », à propos de Cass. Com 3 juin 2009, p. 08-13613: <http://www.village-justice.com/articles/sanction-prevue-article-monetaire,6681.html>; D. 2009, p. 1601, obs. V. AVENA-ROBARDET. - V. cependant, en sens contraire, Cour d'appel de Metz, 31 janvier 2007 : JCP E 2008, n° 1036, p. 16, obs. Ph. SIMLER. Et Ph. DELEBECQUE.

⁵¹ La loi du 9 juillet 1909 avait pour objectif de protéger le lieu de la résidence familiale des déboires du chef de la famille. Toutefois cette loi a rencontré peu de succès et a tombé en désuétude en raison de la faiblesse du montant déclaré insaisissable (50 000 F, soit 7622,45 euro). La proposition de loi, dit « Accoyer », n° 1988 du 1 décembre 1999, tentant à modifier la valeur du bien de la famille en la portant à 80 000 francs, a été discuté et rejetée par l'Assemblée nationale le 30 mai 2000 : V. <http://assemblee-nationale.fr> - La déclaration d'insaisissabilité rappelle aussi la protection du droit au logement : V. C. MALECKI, « *La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : D. 2003, p. 2220.

⁵² C. MALECKI, « *La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : D. 2003, p. 2220. - B. SAINTOURENS, « *Déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : RTD com., 2003, p. 690. - M. LAUGIER, « *Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité* » : JCP E 2003, n° 1507, p. 1706 ; même article : JCP N 2003, n° 1561, p. 1594. - M. DAGOT, « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Formules* » : JCP N 2003, n° 1562, p. 1600 ; même article : JCP E 2004, n° 109, p. 113 ; même auteur, « *La déclaration d'insaisissabilité du logement principal de l'entrepreneur individuel. Conditions de forme* » : JCP N 2004, n° 1028, p. 98. - P. BOUTEILLER, « *Les nouvelles mesures de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel* » : JCP E 2003, n° 1359, p. 1517. - V. AVENA-ROBARDET, « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : D. 2003, p. 1898. - F. VAUVILLÉ, « *Déclaration d'insaisissabilité et procédure collective du déclarant* » : Act. proc. coll. 2003, n° 17, 31 octobre 2003, p. 1 ; même auteur, « *La déclaration notariée d'insaisissabilité* » : Bull. joly 2003, § 233, p. 1117 ; même article : Defrénois 2003, art. 37813, p. 1197. - Œuvre collective, « *Commentaire de la loi pour l'initiative économique* » : RJ com., 2003, p. 339. - S. PIEDELIÈVRE, « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique* » : JCP G 2003, I, n° 165, p. 1717. - D. AUTEM, « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » :

par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite « loi de modernisation de l'économie » (LME), qui a étendu le domaine de l'insaisissabilité⁵³. Actuellement, aux termes de

Defrénois 2004, art. 37890, p. 327. – G. DAUBLON et B. GELOT, « La déclaration d'insaisissabilité, commentaire et formules » : Defrénois 2004, art. 37966, p. 865. – A. MARTIN-SERF, « La loi pour l'initiative économique : des fausses pistes pavées de bonnes intentions » : RJ com., 2004, p. 75, spéc., p. 80 : « L'entreprise individuelle à risques limités (EIRL) ». – P.-M. LE CORRE, « Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité » : AJDI, 2004, n° 3, p. 179. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La société civile, outil de séparation des patrimoines » : Dr. et patrimoine juillet-août 2004, n° 128, p. 75. – L. WILLIATTE-PELLITTERI, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1^{er} août 2003 : la boîte de pandore du monde des affaires ? » : Petites affiches 9 août 2004, n° 158, p. 3. – B. FAGES, « Théorie du patrimoine en droit des affaires : une respectueuse indifférence » : Dr. et patrimoine, janvier 2005, n° 133, p. 73. – Y. GUILHAUDIS et J.-G. RAFFRAY, « Pratique de la déclaration notariée d'insaisissabilité » : JCP E 2005, n° 1056, p. 1182 et JCP N 2005, n° 1192, p. 605. – C. D'HOIR-LAUPRÊTRE, « Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : outil de crédit...ou de discrédit ? » : Dr. et patrimoine avril 2006, n° 147, p. 30. – F. PÉROCHON, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », In Mélanges R. SAINT-ALARY, 2006, p. 409. – F.-X. LUCAS, « L'entrepreneur à patrimoine affecté, est-ce une bonne idée ? » : Bull. joly 2008, § 11, p. 839. – X. DE ROUX, « L'entrepreneur à patrimoine affecté » : Dr. et patrimoine, décembre 2008, n° 176, p. 20. – Rép. Min. à QE n° 19589, JO Sénat Q. 27 octobre 2005, p. 2797. – P. BERLIOZ, « L'insaisissabilité d'une chose peut porter atteinte au droit de propriété des créanciers de son propriétaire » : petites affiches, 9 janvier 2008, n° 7, p. 10. – Th. MONTÉLAN, « Avocat, protégez vous ! la déclaration d'insaisissabilité, une protection peu onéreuse et efficace du patrimoine familial de l'avocat » : Gaz. Pal. 2004, mai 2004, p. 1543. – F. SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial » : JCP N 2004, n° 1120, p. 434. – J. CASEY, « L'insaisissabilité du logement dans la loi du 1^{er} août 2003 : aspects de droit des régimes patrimoniaux » : RJPF 2003, n° 12, p. 6. – C. BRENNER, « L'ineffectivité de l'exécution forcée », in *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, ETJ. Coll. Dr. et procédures, 2007, n° 77, p. 51.

⁵³ Sur cette loi, V. notamment : A. CERATI-GAUTHIER, « La déclaration d'insaisissabilité à l'épreuve des procédures collectives » : Annales des loyers 2010, n° 4, p. 887 – Ch. LEBEL, « Déclaration d'insaisissabilité et intérêt collectif des créanciers » : JCP E 2010, n° 1229, p. 20; même auteur, « Projet de loi : à propos de l'entrepreneur individuel » : JCP E 2008, n° 20, p. 5. – S. LEBOVICI, « La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel » : Dr. et patrimoine 2010, n° 190, p. 49. – P. MARTIN, « Déclaration d'insaisissabilité et liquidation judiciaire » : Procédures 2010, n° 1, p. 6. – R. CABRILLAC, « Le passif professionnel : l'efficacité des parades légales pour protéger le patrimoine familial » : JCP N 2009, n° 1189, p. 32. – L. LAUVERGNAT, « De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 août 2008. Réflexions sur l'extension du domaine de la déclaration d'insaisissabilité par la LME » : Dr. et procédures 2009, n° 2, p. 68. – O. SALATI, « Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution », *Droit et procédures*, 2009, n° 1, p. 4 ; même auteur, « Modifications apportées au dispositif d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie » : *procédures* 2008, *Alertes* 39, n° 11, p. 2. – A.-S. MUGNIER-RENARD, « Les garanties des opérations bancaires et la protection des époux » : *RD banc. fin.* 2009, n° 1, dossier 4, p. 88. – O. SAVARY et E. DUBUISSON, « Petit panorama des protections de l'entrepreneur individuel. Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de pro personnalité » : Dr. et patrimoine, avril 2009, n° 183, p. 38 ; mêmes auteurs : « Article 2092 du Code civil : trois siècles d'actualité » *Ibid.*, p. 42 ; « Limites et attributs de la pro-personnalité » : *Ibid.*, mai 2009, n° 181, p. 30 ; « La propersonnalité à l'épreuve de la pratique », *Ibid.*, p. 34 ; « Le concept de pro-personnalité face aux conceptions voisines » : *Ibid.*, p. 38. – D. BERT, « La nouvelle physionomie de la déclaration d'insaisissabilité après la LME » : Dr. et patrimoine, 2009, n° 181, p. 44. – Ph. DELMOTTE, « Les vertiges de l'insaisissabilité : de quelques problématiques nées des effets de la déclaration d'insaisissabilité en matière des procédures collectives » : JCP E 2009, n° 1506, p. 14. – D. VIGUIER, « La protection du patrimoine personnel du chef de l'entreprise » : *D.* 2009, p. 175. – F. ROSSEL, « Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté : le regard de l'entrepreneur » : JCP N 2009, n° 1361, p. 40. – F. LEGRAND et O. STAES, « La détermination du patrimoine du débiteur » : *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, p. 106, dossier 8. – D. DUPUIS, « L'insaisissabilité des biens que l'entrepreneur individuel n'a pas affectés à son usage professionnel : un miroir aux alouettes ? » : *Cah. dr. entr.* 2008, n° 60, p. 35. – M. SUQUET-COZIC,

l'article L. 526-1 du Code de commerce, une personne *physique* exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou libérale peut déclarer insaisissables, à l'égard de ses créanciers professionnels, l'ensemble des biens fonciers, bâtis ou non bâtis, non affectés à l'exploitation. L'idée sous-jacente est donc l'affectation de certains biens à la survie de la famille par leur soustraction au droit du gage des créanciers. Toutefois, le dispositif de l'insaisissabilité n'a jamais connu le succès escompté et ne semble concerner que peu d'entrepreneurs⁵⁴. Cette loi ne constituait, en effet, qu'un pis-aller, en l'absence d'une reconnaissance d'un patrimoine professionnel. Elle ne permet pas d'isoler deux masses, l'une privée, l'autre professionnelle, mais seulement de soustraire des biens immobiliers à l'action des créanciers professionnels postérieurs à cette déclaration.

C'est la raison pour laquelle la loi n° 2010-685 du 15 juin 2010, créant un statut juridique pour l'EIRL (Entrepreneur individuel à responsabilité limitée)⁵⁵ a été adoptée et publiée au journal officiel le 16 juin 2010⁵⁶. La loi permet à tout

« *L'insaisissable réforme de la déclaration d'insaisissabilité* » : BRDA 2008, n° 21, p. 13 ; la lettre omnidroit du 26 novembre 2008, n° 27, p. 24. – S. PIEDELIÈVRE, « *Le nouveau droit de l'insaisissabilité* » : Defrénois 2008, n° 38856, p. 2245 ; même auteur, « *Déclaration d'insaisissabilité et immeuble* » : RD banc. fin. 2008, n° 5, comm. 145 ; « *Déclaration d'insaisissabilité et publicité* » : RD banc. fin. 2007, n° 5, comm. 189. – S. TORCK et H. HOVASSE, « *Loi de modernisation de l'économie : analyse des mesures en faveur des petites et moyennes entreprises (aspects juridiques)* » : Dr. sociétés 2008, n° 11, Étude 10 – Rédaction D.O., « *Renforcement de la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel* » : JCP N 2008, n° 1313, p. 45 ; Ibid., JCP E 2008, n° 2129, p. 17. – H. CROZE, « *Un entrepreneur individuel peut déclarer insaisissables tous ses immeubles à usage non professionnel* » : Procédures 2008, n° 11, comm. 305, p. 22. – H. AZARIAN, et B. SAINTOURENS, « *Les réformes touchant le statut de l'artisanat par la loi de modernisation de l'économie* » : JCP E 2008, n° 2227, p. 18. – cette loi n'a pas donné lieu à une véritable jurisprudence. V. cependant : M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, « *Le liquidateur peut réaliser la résidence principale de l'entrepreneur en dépit d'une déclaration d'inopposabilité, dès lors qu'il existe des créanciers auxquels cette déclaration est inopposable, note sous Cour d'appel d'Orléans, 15 mai 2008* » : JCP E 2009, n° 1008, p. 28 ; act. proc. coll., comm. 239, obs. P. CAGNOLI. – M. SÉNÉCHAL, « *Réalisation de la résidence principale d'un entrepreneur individuel déclarée insaisissable (à propos de cass. com. 3 février 2009)* » : Bull. joly 2009, § 3, p. 226 ; Ph. ROUSSEL GALLE, « *Actualité jurisprudentielle : 1^{er} janvier – 28 février 2009* » : Rev. proc. coll., 2009, n° 4, p. 10 ; B. ROLLAND, « *Irrecevabilité de l'action du liquidateur tendant à l'inopposabilité d'une déclaration d'insaisissabilité* » : Procédures 2009, n° 159, p. 30 ; D. GIBIRILA, « *Irrecevabilité de l'action en opposabilité d'une déclaration notariée d'insaisissabilité intentée par le liquidateur, faute d'intérêt d'agir* » : Defrénois 2010, art. 39078, p. 472 ; La lettre Omnidroit, « *Opposabilité à la procédure de la déclaration d'insaisissabilité* », 18 février 2009, n° 38, p. 6 ; C. LISANTI, « *Pouvoir du liquidateur en cas de déclaration d'insaisissabilité* » : Rev. proc. coll., 2009, n° 62, p. 52.

⁵⁴ V. Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JO, Ass. Nat., du 22 janvier 2010, n° 2265 : Infogreffe comptabilise au troisième trimestre 2009 un total cumulé d'environ 12 000 déclarations d'insaisissabilité depuis la création du dispositif en 2003 ; l'administration fiscale a pour sa part mis en place depuis mai 2008 un outil permettant de recenser les déclarations d'insaisissabilité et dénombre environ 10 000 déclarations d'insaisissabilité effectuées durant l'année 2009.

⁵⁵ L'article 2 de la loi du 15 juin 2010 évoque « *l'entreprise individuelle à responsabilité limitée* », mais il s'agit d'une maladresse de plume du législateur : Ch. LEBEL, « *Adoption de l'EIRL et autres mesures relatives à l'entreprise individuelle* » : JCP E, n° 26, 1^{er} juillet 2010, actualité, n° 362, p. 3.

⁵⁶ Sur cette loi V. V. GLADEL, « *Le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* » : D. 2010, n° 9, p. 560. – A. LIENHARD, « *EIRL : adoption du projet de loi par les sénateurs* » : D.

entrepreneur individuel d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale. Les dispositions de la loi relatives à l'EIRL seront insérées sous les articles L. 526-6 à L. 526-21 du Code de commerce. Les dispositions de la loi concernent aussi bien les commerçants que les artisans ainsi que toute profession exercée en nom propre. La possibilité de créer plusieurs masses patrimoniales est reportée au 1^{er} janvier 2013.

La loi du 15 juin 2010 est applicable à compter du 1^{er} janvier 2011, mais l'entrée en vigueur des nouvelles règles relatives à l'EIRL a été cependant subordonnée à la publication d'une ordonnance. A cet effet, l'article 8⁵⁷ de la loi avait

2010, n° 16, p. 959. - A. PANDO, « *Le gouvernement prépare l'introduction du patrimoine d'affectation de l'entrepreneur individuel* », entretien avec X. DE ROUX : Petites affiches 15 décembre 2008, n° 244, p. 3 ; même auteur, « *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : les contours du projet de loi* » : Petites affiches, 18 janvier 2010, n° 20, p. 3. - « *Constitution et fonctionnement de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)* » : Dr. fiscal 2010, n° 396, p. 22. - P. SERLOOTEN, « *Brèves observations (et interrogations) sur le projet de création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)* » : Dr. fiscal 2010, n° 225, p. 14. - B. DONDERO, « *L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné. - À propos de la loi du 15 juin 2010* » : JCP G 2010, n° 679, p. 1274. - O. DE MATTOS, « *Vers une nouvelle forme d'entrepreneuriat : l'EIRL* » : Cah. dr. entr. 2010, n° 1, p. 6. - Ch. LEBEL, « *Adoption de l'EIRL et autres mesures relatives à l'entreprise individuelle* » : JCP E 2010, n° 362, p. 3. - J.-L. PIERRE, « *L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer* » : JCP E 2009, n° 2184. - J. VALLANSAN, « *Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective* » : JCP E 2010, n° 1083, p. 36. - G. NOTTÉ, « *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (L. n° 2010-658, 15 juin 2010)* » : JCP E 2010, n° 346, p. 3. - É. DUBUISSON, « *L'EIRL est adopté ! En attendant l'entrée en vigueur* » : JCP E 2010, n° 303, p. 3 ; même auteur, « *Projet de loi relatif à l'EIRL, comprendre la technique et les enjeux* » : JCP N 2010, n° 1115, p. 27. - É. MALLET, « *Création de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)* » : JCP N 2010, n° 505, p. 3. - P. DUPICHOT, « *L'unité du patrimoine aujourd'hui* » : JCP N 2009, n° 1356, p. 17. - B. SOINNE, « *Au bonheur des juristes* » : Rev. proc. coll. 2010, n° 3, repère, p. 1. - M. MENJUCQ, « *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : quelle utilité ?* » : Rev. proc. coll. 2010 n° 2, repère, p. 1. - B. FRANÇOIS, « *Création envisagée de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)* » : Rev. sociétés 2010, p. 6. - R. LIBCHABER, « *Feu la théorie du patrimoine* » : Bull. joly 2010, p. 316. - F.-X. LUCAS, « *EIRL, de la fausse bonne idée, à la vraie calamité* » : Bull. joly 2010, p. 311. - Th. REVET, in *Le patrimoine professionnel d'affectation (première analyse de l'EIRL), Introduction* : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 54 et s. - X. DE ROUX, « *Esprit général du projet de loi* » : Ibid, p. 62. - J. PRIEUR, « *EIRL ou société : quel critères de choix ?* » : Ibid, p. 64 ; même auteur, « *Les limites de l'EIRL* » : Ibid, p. 78. - F.-X. LUCAS, « *Les dangers de l'EIRL* » : Ibid, p. 80. - H. LETELLIER, « *Les avantages de l'EIRL* » : Ibid, p. 77. - É. DUBUISSON, « *La non adaptation de la « propersonnalité »* » : Ibid, p. 75. - S. TANDEAU DE MARSAC, « *Réflexions générales d'un praticien* » : Ibid, p. 82. - S. SCHILLER, « *L'évolution dans la composition du patrimoine affecté* » : Ibid, p. 84 ; même auteur « *Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté ?* » : Ibid, p. 88. - Ph. THÉRY, « *Situation générale* » : Ibid, p. 85. - M. SÉNÉCHAL, « *Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives* » : Ibid, p. 89. - M. MENJUCQ, H. FABRE, R. DAMMAN, S. GORRIAS, « *La protection du patrimoine du débiteur personne physique* » : Dr. et patrimoine 2010, table ronde, p. 99. - S. PIEDELIÈVRE, « *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée* » : Defrénois 2010, n° 39134, p. 1417. - I. DAURIAC et Cl. GRARE-DIDIER, « *Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille* » : Defrénois 2010, n° 39096, p. 819. - la lettre Omnidroit, « *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : solution de compromis* » : www. Omnidroit.fr., 2010, n° 97, p. 5. - La lettre Omnidroit, « *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : adoption du projet de loi par les sénateurs* » : www. Omnidroit.fr., 2010, n° 94, p. 5.

⁵⁷ L'article 8 L. 15 juin 2010 dispose que « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, les dispositions relevant du domaine de la loi nécessaires pour

habilité le gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de sa publication, les dispositions nécessaires pour adapter le statut de l'EIRL avec le droit des entreprises en difficulté et procéder aux harmonisations nécessaires en matière de sûretés, de droit des procédures civiles d'exécution et de surendettement des particuliers.

Le texte de cette ordonnance avait été présenté au Conseil des ministres du 8 décembre 2010 par Michel MERCIER, nouveau Garde des Sceaux, ministre de la Justice et des Libertés. L'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée a été publiée au journal officiel le 10 décembre 2010⁵⁸. Cette ordonnance a modifié notamment certaines dispositions du Code de commerce, mais également certaines dispositions du Code de la consommation⁵⁹, du Code monétaire et financier⁶⁰ et de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution⁶¹. Il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel, saisi d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité le 10 juin 2010, tout en validant la loi relative à l'EIRL, a toutefois précisé que la déclaration d'affectation du patrimoine de l'EIRL ne pourrait être opposable aux créanciers de l'affaire dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt que s'ils ont été « personnellement » informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de faire opposition (L. 526-12). Il appartient donc aux

adapter au patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée les dispositions du livre VI du code de commerce relatives à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et aux responsabilités et sanctions encourues par l'entrepreneur à cette occasion, afin de permettre à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée d'adhérer à un groupement de prévention agréé et de bénéficier des procédures de prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, et procéder aux harmonisations nécessaires en matière de droit des sûretés, de droit des procédures civiles d'exécution et de règles applicables au surendettement des particuliers ».

⁵⁸ JO n° 0286 du 10 décembre 2010, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010.

⁵⁹ Conformément à l'art. 9 de cette ordonnance, il est créé au titre III du livre III un chapitre III bis intitulé « Dispositions particulières au traitement de la situation de surendettement d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée » (Art. L. 333-7. Code consommation).

⁶⁰ Selon l'article 10 de cette ordonnance, le chapitre Ier du titre III du livre Ier du code monétaire et financier est complété par un article L. 131-86-1 ainsi rédigé : « Lorsque le titulaire du compte est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, les dispositions de la présente section s'appliquent : — aux comptes afférents au patrimoine non affecté lorsque l'incident de paiement résulte d'un chèque émis sur l'un de ces comptes ; — aux comptes afférents au patrimoine affecté à une activité professionnelle lorsque l'incident de paiement résulte d'un chèque émis sur l'un de ces comptes, à l'exclusion, le cas échéant, des comptes afférents au patrimoine affecté à une autre activité professionnelle ».

⁶¹ Art. 11 : La loi du 9 juillet 1991 susvisée est ainsi modifiée : 1° Après l'article 22-1, il est inséré un article 22-2 ainsi rédigé : « En cas de saisie à l'encontre d'un débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée, celle-ci ne peut porter que sur le ou les biens sur lesquels le créancier a un droit de gage général tel que défini par les dispositions de l'article L. 526-12 du code de commerce. » ;

2° L'article 47-1 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Lorsque le débiteur est entrepreneur individuel à responsabilité limitée, l'alinéa précédent ne s'applique qu'à la saisie des comptes afférents à son patrimoine non affecté. ».

rédacteurs des textes d'application de la loi du 15 juin 2010 de définir ces modalités d'information individuelle, et ce avant le 1^{er} janvier 2011, date d'entrée en vigueur de la loi⁶².

Ce mouvement perpétuel ne semble pas près de cesser. En effet, le secrétaire d'Etat au commerce et aux PME, a annoncé, le 20 septembre 2010, une nouvelle réforme de la matière tendant à la création d'un nouveau régime intitulé *auto-entrepreneur à responsabilité limitée*. Dans ce cas, les auto-entrepreneurs pourront cumuler les avantages de l'auto-entreprise et ceux de l'EIRL⁶³. Actuellement, le statut de l'EIRL est ouvert aux auto-entrepreneurs qui déposent leur déclaration d'affectation auprès du Registre spécial des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée (RSEIRL), spécialement créé par le décret du 29 décembre 2010⁶⁴.

12. Il convient de rappeler également que la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, a été modifiée par la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 et l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009. Cette loi a été aussi ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 portant simplification du droit (article 2011 et suivants du Code civil). La fiducie, envisagée comme une alternative à la voie sociétale⁶⁵, n'est plus réservée aux seules personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés, mais s'ouvre aussi aux personnes physiques. La fiducie est un contrat solennel qui emporte un transfert temporaire de propriété. Cependant, s'il est admis que le patrimoine fiduciaire est un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, il n'emporte pas nécessairement une responsabilité limitée au profit du constituant ou du fiduciaire à l'égard des créanciers fiduciaires. D'une part, en cas d'insuffisance du patrimoine

⁶² J. BONNARD, « Publication au Journal Officiel de l'Ordonnance du 9 décembre 2010 adaptant le droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL » : <http://nos-facs-de-droit.over-blog.com/article-publication-au-journal-officiel-de-l-ordonnance-du-9-decembre-2010-adaptant-le-droit-des-entreprises-en-difficulte-et-des-procedures-de-traitement-des-situations-de-surendettement-a-l-eirl-62740517.html>

⁶³ J. BONNARD, préc., les auto-entrepreneurs pourront ainsi rendre insaisissables par les créanciers de l'affaire tous leurs biens, meubles ou immeubles, qu'ils souhaitent. Ce régime sera même accessible aux adolescents, créateurs d'entreprises, dès l'âge de 16 ans, sous réserve qu'ils fournissent une autorisation, signée par leurs parents, l'administrateur légal ou le tuteur, pour effectuer les actes administratifs.

⁶⁴ Article 16 du décret n° 2010-1706 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JO 31 déc. 2010. Actuellement, selon l'article « Art. R. 526-15.- Les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée qui ne sont pas tenus de s'immatriculer à un registre de publicité légale déposent la déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-7 au registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel se trouve l'adresse de leur établissement principal ou à défaut d'établissement l'adresse du local d'habitation où l'entreprise est fixée ».

⁶⁵ F. ROUSSEL, M.-Ch. LARCHER, O. HOAREAU et A. DOBIGNYU, « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) » : JCP E 2008, n° 2199, p. 9 et JCP N 2008 n° 1282, p. 29. – sur les inconvénients de la fiducie V. Rapport X. DE ROUX, « La création d'un patrimoine d'affectation » : Minefe, conf. De presse, 5 novembre 2008, p. 12.

fiduciaire, les créanciers fiduciaires voient leur droit de gage étendu au patrimoine du constituant, sauf s'ils ont accepté expressément que le contrat de fiducie limite l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. D'autre part, le contrat peut stipuler que le fiduciaire sera tenu de l'intégralité du passif fiduciaire, y compris donc sur son patrimoine personnel (article 2025 C. civ.).

13. On peut affirmer finalement que l'évolution législative n'est pas encore achevée. Ce constat n'a rien d'étrange puisque, comme le disait MONTESQUIEU, « une mauvaise loi oblige toujours le législateur à en faire beaucoup d'autres, souvent très mauvaises aussi, pour en éviter les mauvais effets ou du moins pour remplir l'objet de la première »⁶⁶. En effet, certaines interventions législatives sont prévues et d'autres s'imposeraient avec le temps, soit en raison d'une certaine inadéquation technique constatée⁶⁷ ou inconnue pour le moment, soit dans l'objectif de porter un certain intérêt à la sécurité juridique, qui ne doit pas être oubliée et qui impliquerait, par conséquent, un minimum de réformes en la matière et un minimum de protection des droits des créanciers. En tout état de cause, si l'importance et l'actualité de la présente étude ne sont pas à démontrer, il convient d'en préciser maintenant l'intérêt.

II. L'intérêt de l'étude

14. Lors d'une intervention sur la recherche juridique, Jean RIVERO a pu proposer une classification tripartite des sujets de thèse : « l'exposé d'une question ignorée jusqu'à présent, notamment en droit comparé, la remise en question d'un thème déjà développé par d'autres, mais dans une perspective critique, voire iconoclaste, la reprise d'un thème qui est apparu vaguement, en flou, dans la loi ou la jurisprudence, et que la thèse va essayer de préciser et d'approfondir »⁶⁸.

15. La société unipersonnelle a fait récemment son entrée en droit français. Bien qu'elle n'ait pas donné lieu, pour l'instant, à une jurisprudence fournie⁶⁹, la

⁶⁶ MONTESQUIEU, "Cahiers", éd., 1941, p. 119 : cite par G. RIPERT, « Les forces créatrices du droit », LGDJ., 2^e éd., 1955, n° 131, p. 324.

⁶⁷ V. titre II de la seconde partie : La remise en cause de la structure patrimoniale de la société unipersonnelle.

⁶⁸ J. RIVERO, in *La thèse en droit et la recherche juridique*, Association pour une fondation nationale des études de droit, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 40.

⁶⁹ CA Paris 13 juillet 1993 : D. 1993, somm., p. 368, obs. A. HONORAT, *extension de la liquidation judiciaire d'une EURL à son dirigeant sur le fondement de la fictivité* ; même obs. In *Rev. sociétés* 1993, p. 874 ; Bull. joly 1993, § 375, p. 1250, note H. LE NABASQUE, *l'EURL ne serait-elle qu'un ... leurre.* - Rennes 2^e ch. 8 janvier 1992 : Dr. sociétés 1992, n° 226, note Y. CHAPUT. - CA Aix-en-Provence 25 mars 1999 : Dr. sociétés, comm., n° 164, note Y. CHAPUT. - CA Paris, 3^e ch. B, 15 avril 1988 : Gaz. Pal., 1989, 1, p. 87. - CA Paris, 3^e ch., 27 janvier 1995 : RJ com., 1996, p. 109, n° 1449, 1^{re} espèce obs. T. BRUIGUIER. - Cass. com., 13 octobre 1998 : Bull. joly 1999, n° 10, note P. SERLOOTEN. - V. également P. LE CANNU, « L'EURL et les procédures collectives » : Bull. joly 1986, p. 895. - CA Paris, 9 février 1999, *À propos d'une EURL de défiscalisation* : RTD com., 1999, p. 789, obs. F. DEBOISSY ; RTD com., 1999, p. 440, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; Bull. joly 1999, § 118, p. 548, note J.-Ph. DOM, *L'EURL n'est pas une leurre.* - M. COZIAN : Petites affiches, 31 mai 2002, n° 109, p. 4. - V. également P. DIENER,

société unipersonnelle a engendré d'importantes controverses⁷⁰. Cependant, bien que

« *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL* » : JCP E 1992, I, n° 153, p. 270. – Cass. com., 8 juin 1993 : Bull. joly 1993, § 265, p. 911 ; JCP E 1993, n° 525, p. 1, note M. LECÈNE-MARÉNAUD. – Cass. crim. 14 juin 1993 : Bull. joly 1993, § 337, p. 1139, note B. SAINTOURENS ; Rev. sociétés 1994, p. 90, note B. BOULOC. – Cass. crim. 20 février 2002 : Rev. sociétés 2002, p. 546, note B. BOULOC. – A. DEKEUWER, « *Les intérêts protégés en cas d'abus des biens sociaux* », JCP E 1995, n° 500, p. 421. – Cass. com., 8 mars 2005 : Bull. joly 2005, § 233, p. 979, note Th. MASSART, « *La promesse de vente d'une partie des parts sociales d'une EURL équivaut-elle à une promesse de sociétés ?* » – Cass. 3^e ch. civ. 4 janvier 2006 : Bull. joly 2006, § 106, p. 526, note S. MESSAI-BAHRI. – Cass. com., 7 juin 2006 : Petites affiches 2006, n° 179, p. 12, note N. MORELLI. – Cass. civ. 1^{ère} ch. 19 avril 2005 : Rev. sociétés 2006, p. 90, note D. RANDOUX, *l'EURL et bien commun*. – CA Paris, 20 novembre 2007 : Petites affiches 28 mars 2008, n° 64, p. 16. – J.-F. BARBIÈRI, « *Droit de l'ancien associé d'une société liquidée sur une créance sociale* », à propos de Cass. com., 5 mai 2009 : Rev. sociétés 2009, n° 3, p. 575. – Cass. com., 7 avril 2010 : Rev. sociétés 2010, p. 221. – Sur la révocation du gérant : Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly, 2010, § 107, p. 530, note M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; Petites affiches 17 juin 2010, n° 120, p. 16, note O. ROUMÉLIAN ; Rev. sociétés octobre 2010, p. 452, note, B. SAINTOURENS. – Sur l'effet de la dissolution V. Cass. com., 12 juill. 2005 : D. 2005, p. 2002, obs. A. LIENHARD ; Dr. sociétés 2005, comm. 180, obs. J. MONNET ; JCP E 2005, 1586, note J.-P. LEGROS.

⁷⁰ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé Éléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, notamment, n° 664, p. 360 : l'auteur propose l'exclusion des personnes morales unipersonnelles composées dès lors création d'une seule personne. – H. LETELLIER, « *Les insuffisances de l'EURL* » : in *Le patrimoine professionnel d'affectation (première analyse de l'EURL)*, Introduction : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 73 – F.-X. LUCAS, « *Défense et illustration de l'EURL* » : Ibid, p. 67. – P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)* » : D. 1985, chron., p. 187 et A.L.D. 1985, p. 394 ; même auteur : « *Intérêt pratique de l'EURL : une structure d'entreprise à géométrie variable* » : Bull. joly 1994, § 321, p. 1173 ; « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* », Rép. Dalloz 2001, mise et jour juin 2010. – A. SAYAG, « *De nouvelle structure pour l'entreprise* » : JCP G 1985, I, n° 3217 ; même auteur, « *Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle ? Une remise en cause infructueuse* », in *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires... à propos des structures juridiques de l'entreprise*, CREDA 1968-1988 : Cah. dr. entr. 8 février 1990, n° 1, p. 22. – J.-D. BREDIN, « *Au-delà de l'EURL ?* » : Ibid., p. 24. – M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet instituant l'EURL* » : D. 1986, chron., p. 249. – M.-A. DUPUIS-FLANDIN, « *La protection de l'exploitant individuel dans les entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Mythe ou réalité* » : Petites affiches 20 et 23 mai 1988, n° 61, p. 13. – J.-Y. RODIÈRE, « *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : monstre ou mutant* » : Petites affiches 14 juin 1985, n° 71, p. 13 et 24 juillet 1985, n° 88, p. 35. – A. AMANN, « *Intérêts juridiques et fiscaux de la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : Petites affiches 1^{er} et 2 août 1986, n° 92 et 93. – J.-Cl. HALLOUIN, « *La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : A.L.D. 1985, p. 73. – D. RANDOUX, « *Une société très spécifique : l'EURL* » : JCP N 1985, I, p. 355. – F. ZÉNATI, « *La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : RTD civ., 1985, p. 772. – M. GERMAIN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : Dr. sociétés, octobre 1985, n° 10. – J. DERRUPPÉ, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : RTD com. 1985, p. 738. – M. GALIMARD, « *Observation sur la réforme fondamentale des sociétés (commentaire de la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)* : journ. not. 1985, art. 58325, p. 1105. – B. THOMAS, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : la Vie judiciaire, 17-23 et 24-30 mars 1986. – J. PRÉA, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'exploitation agricole à responsabilité limitée* » : JCP N 1985, I, p. 309. – J. PAILLUSSEAU, « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP E 1986, n° 14684 et JCP G 1986, I, n° 3242 ; du même auteur V. également, « *Le droit moderne de la personnalité morale* » : RTD civ., 1993, p. 705 ; « *La nouvelle société par action simplifiée. Le big bang du droit des sociétés !* » : D. Affaires 1999, n° 175, p. 1354 et n° 176, p. 1385. – G. DAUBLON, « *Remarques sur l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)* » : Defrénois 1986, art. 33641, p. 3. – *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, Journée d'étude de l'institut de droit de l'entreprise de la faculté de droit et de sciences sociales de

différentes études aient abordé, de près ou de loin, la notion de société unipersonnelle⁷¹, deux thèses, à notre connaissance, lui ont été consacrées de manière expresse⁷² depuis la promulgation de la loi du 11 juillet 1985. Cependant, ces deux

Poitiers (18 février 1986) : JCP E 1986, II, n° 14756, p. 489. – J. MAURO, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : ménage à deux avec l'État ? En tous les cas, une échéance pour l'économie » : Gaz. Pal. 1986, 2, doct., p. 433. – J.-J. DAIGRE, « Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : JCP G 1986, I, n° 3225 ; même auteur, « De l'utilité de l'EURL » : JCP E 1986, II, n° 14756 ; « L'EURL : vains regrets, vrais intérêts » : RJ com., 1988, p. 1. – G. FLORES et J. MESTRE, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : Rev. sociétés, 1986, p. 15. – B. MAUBRU, « Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL » : JCP N 1986, I, p. 435. – M.-A. DUPUIS-FLANDIN, « La protection de l'exploitant individuel dans les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée. Mythe ou réalité » : Petites affiches 20 et 23 mai 1988, n° 61, p. 13. – C. DUCOULOUX-FAVARD, « Société d'un seul, entreprise unipersonnelle » : Gaz. Pal. 1990, 2, doct., p. 577. – J. GAUTHIER, « Les conséquences d'une donation partage des parts sociales d'une EURL constituée par apport d'une entreprise individuelle », JCP N 1991, I, p. 217. – J. BARTHELEMY, « L'entreprise individuelle », Rapport au Conseil économique et social, JO, séance des 27 et 28 avril 1993. – C. CUTAJAR, « De l'EURL À la SASU ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité », Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 48. – M.-L. COQUELET, « EURL versus EURL » : Dr. sociétés 2010, n° 5, repère 5. – J.-J. DAIGRE et M. ROUSSILLE, « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », juris-classeur sociétés 2000, fasc. 82-10. – Cl. BAILLY-MASSON, « Les aménagements à envisager pour rendre l'EURL plus attractives » : Petites affiches 19 juin 2000, n° 121, p. 4. – V. avant la loi du 11 juillet 1985 : D. LAUGIER, « La mise en société de l'entreprise », In, Rapport au 64^e Congrès des notaires de France, « Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises », Royan mai 1966, p. 19 et s. – J. BAUGNIER, « La société d'une seule personne », In Liber amicorum, 1966, t. II, éd. STORY-SCIENTIA/JENT, p. 163. – A. JAUFFRET, « Créancier de l'entreprise et créanciers de la personne en droit français », Ibid. p. 637. – B. MAUBRU, « La dissolution de plein droit de sociétés d'une seule personne » : Defrénois 1982, art. 32955, p. 1410. – J. DERRUPPÉ, « Le sort de la société commerciale qui n'a plus qu'un seul associé », Mélanges Daniel BASTIAN, 1974, t. I, p. 57. – J.-P. SORTAIS, « La société unipersonnelle » : Idem, p. 325. – Cl. CHAMPAUD, obs. RTD com. 1981, n° 3, p. 759. – J. AUSSÉDAT, « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation » : Rév. sociétés 1974, p. 221. – M. ROTONDI, « La limitation de la responsabilité dans l'entreprise » : RTD com., 1968, p. 1. – F. DE SOLA CANIZARES, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée » : RTD com., 1948, p. 376. – J. MASCLÉ, « La société commerciale unipersonnelle, le patrimoine d'affectation et le fonds de commerce » : La vie judiciaire, octobre et novembre 1971, n° 1332 à 1335. – J.-Cl. COURGUES, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée » : JCP C.I 1980, I, n° 13258, p. 157, spéc. n° 167, n° 40. – A. GRISOLI, « Les sociétés d'une seule personne en droit comparé », Études JAUFFRET, 1974, p. 361.

⁷¹ V. R. PERCEROU, « La personne morale en droit privé, patrimoine d'affectation », thèse, Paris 1951. – sous la direction de A. SAYAG ET C. JAUFFRET-SPINOSI, « L'entreprise personnelle », T. 1, *Expérience européenne*, Créda, Litec, 1978. V. également, l'étude précitée, t. 2 : *critique et prospective*. – Rapport du groupe d'étude, présidé par Cl. CHAMPAUD, chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL (Entreprise personnelle à responsabilité limitée) en droit français, : RTD com. 1979, p. 579. – F. CHALLEIL, « L'entreprise et les notions de sujet de droit et de patrimoine. Étude de droit français, anglais et allemand », thèse Montpellier I, 1974. – F. COHET, « Patrimoine et entreprise », thèse, Grenoble 1993. – Cl. BAILLY-MASSON, « Autonomie de l'entreprise : enjeux et conditions », thèse, Grenoble 1999. – M. TCHAGAM, « L'évolution des fondements de la société : du groupement de personnes organisé au groupement de biens affecté », thèse, Grenoble 1994. – J.-P. VERSCHAVE, « Essai sur le principe d'unicité du patrimoine », thèse, Lille II, 1984, p. 279 et s. – N. LE GAC, « Protection du patrimoine et risques liés à l'entreprise : l'obligation aux dettes sociales », thèse, Nantes 1995. – F. COLASSON, « Le patrimoine professionnel », éd., Pulim, 2006.

⁷² A. PERROT, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : la société unipersonnelle », thèse, Paris I, 1990. – N. EZRAN-CHARRIÈRE, « L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne », LGDJ., 2002. – Sur l'aspect technique et pratique de la société unipersonnelle V. sous la direction d'Y. CHAPUT et A. LÉVI, « L'EURL. Droit, pratique et perspectives », Créda, Litec, 2003. – P. SERLOOTEN, M.-H. MONSÉRIÉ et Y. LIBERI, « Les sociétés unipersonnelles » : éd., Joly 2008. – N.

études restent, pour une grande partie, descriptives. En outre, une nouvelle réflexion se justifie en raison d'une évolution législative permanente et actuelle qui touche directement à la question de la société unipersonnelle, notamment depuis la promulgation de la loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL (Entrepreneur individuel à responsabilité limitée).

16. Si la question demeure controversée, il ne s'agit pas de céder à la tentation d'une présentation trop subjective, mais d'éclaircir cette notion et orienter l'étude vers ce qui est essentiel. Une étude critique peut cependant guider utilement la réflexion et demeure, à notre sens, la seule envisageable. Si, en effet, la société unipersonnelle est une technique d'organisation de l'entreprise individuelle, une telle étude s'avère avantageuse puisqu'elle permet non seulement de comprendre les failles de l'institution mais aussi d'apporter des solutions utiles. C'est une forme de réflexion portée sur la notion qui participe à son progrès tant théorique que pratique.

17. Tout en nous inscrivant donc dans une perspective critique, nous allons chercher à déterminer le régime juridique de la société unipersonnelle et vérifier si cette technique unipersonnelle doit être élaborée et basée sur la même idée dogmatique et technique que celle de la société pluripersonnelle. Cependant, quel que soit l'angle sous lequel la société unipersonnelle est envisagée (théorique, réaliste, technique ou pratique), les critiques s'avèrent non seulement nombreuses mais aussi fondamentales. C'est la raison pour laquelle l'étude aboutira, *in fine*, à préférer une tentative de remise en cause à une simple critique constructive. Nous avons donc choisi de suivre, à l'égard de la validité de cette institution, une doctrine sceptique qui conduira d'un lent scepticisme à une franche hostilité. En réalité, les critiques ne sont pas neuves, mais, ici comme ailleurs, le temps est un ferment nécessaire à la radicalisation des propos⁷³.

18. Il ne s'agit, assurément pas, de s'opposer au but louable poursuivi par le législateur qui consiste à inciter les entrepreneurs à créer plus d'entreprises, mais de porter l'attention sur les moyens utilisés et qui prêtent à discussion. Dans un laps de temps très limité, le législateur a multiplié ses interventions sans se préoccuper d'évaluer leurs effets juridiques et économiques. *Frénésie législative oblige, les lois ne se*

BICHOT, « L'apporteur peut-il voter l'apport en nature fait à la SASU dont il est l'actionnaire unique (C. com., art. L. 225-10) ? » : Bull. july 2010, § 145, p. 694. – Aussi certaines thèses ont été consacrées avant la loi du 11 juillet 1985 : L.-Th. DE PINHO E ALMEIDA, « La société unipersonnelle. Droit français et droit comparé », thèse Nice 1972. – H.-M. ILGEN, « La société unipersonnelle en droit français », thèse, Paris 1969. – J. BOULEZ, « Essai sur l'entreprise individuelle. La société unipersonnelle », thèse, Lyon 1974. – D. GRANGER, « La société unipersonnelle, technique d'organisation de l'entreprise individuelle », thèse, Rennes 1976.

⁷³ Formule emprunté à M. R.-E. DE MUNAGORRI, « L'acte unilatéral dans les rapports contractuels », LGDJ., 1996, n° 325, p. 275.

*pensent malheureusement plus*⁷⁴. Le législateur ne se préoccupe ni de la cohérence conceptuelle ni même de la cohérence du Code de commerce. En tout état de cause, la thèse aura pour objectif de rassembler et d'éclaircir les critiques adressées à cette voie législative et qui ne cessent d'être constamment rappelées.

III. Méthodes et objet de l'étude : une étude critique de la société unipersonnelle

19. Si l'on a affiché le propos dès le départ, notre méthode est donc démonstrative et ne cache pas une certaine valeur didactique. Il s'agit de relever les contradictions et les faux raisonnements qui se logent souvent derrière le flou des concepts ou l'élégance de la formule. Néanmoins, il serait bien présomptueux de prétendre que la thèse constitue un point d'arrivée, alors qu'elle est plutôt un point de départ permettant de donner un cadre d'analyse du sujet à traiter.

Vidant la notion de société de toute considération conceptuelle ou substantielle portée sur son contenu, la société unipersonnelle a pu être justifiée comme un mécanisme permettant d'adapter le droit aux faits, mais tout en s'abandonnant à la sécheresse du formalisme juridique. Cela explique que tous les débats sur la société unipersonnelle opposent ceux qui s'attachent principalement à l'aspect technique à ceux qui s'attachent plutôt à l'aspect substantiel de la règle de droit. Ou bien entre ceux qui sont affranchis de toute construction théorique et préfèrent se conformer aux réalités sociétales et ceux qui exigent un minimum de cohérence conceptuelle. Ces derniers contestent, en réalité, tant le bien-fondé que l'utilité de la société unipersonnelle, à leurs yeux à la fois fausse et inutile. Si la doctrine s'est trouvée dans l'obligation de réviser autant de notions, bien ancrées dans le droit positif, sous prétexte d'une évolution des concepts ou du droit positif, c'est la preuve que la société unipersonnelle ne peut prétendre au statut réformateur que certains veulent lui attribuer. Il convient, dès à présent, de mieux clarifier les différentes approches par lesquelles la société unipersonnelle peut être envisagée et qui correspondent à deux questions principales.

A. Une question d'ordre théorique : la recherche de la cohérence conceptuelle

20. D'un point de vue théorique, la société unipersonnelle pose un problème de cohérence conceptuelle. La question principale réside dans la possibilité d'élaborer une notion unitaire et cohérente de la société ou de la personnalité morale englobant la société unipersonnelle.

⁷⁴ L. LAUVERGNAT, « De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 août 2008. Réflexions sur l'extension du domaine de la déclaration d'insaisissabilité par la LME » : Dr. et procédures 2009, n° 2, p. 68.

21. Nul ne saurait contester l'influence de la cohérence sur le savoir juridique. Une sorte d'harmonie et de correspondance conceptuelle est requise pour qu'une proposition soit reçue et qu'elle porte⁷⁵. Une étude critique, au plan formel, consiste alors à résorber les contradictions et les incohérences et propose d'éliminer les antinomies⁷⁶. Dans ce domaine, la qualification est une opération incontournable et un mécanisme formant l'étape liminaire du raisonnement juridique⁷⁷ tant pour l'élaboration du droit que pour son application. « Donner à un fait, à un objet le nom qui lui revient légalement c'est procéder à sa qualification »⁷⁸. Selon F. TERRÉ, la qualification n'est pas seulement une opération d'identification et de classement, mais également un résultat. En effet, le classement d'une situation de fait dans une catégorie juridique a pour effet de déclencher un régime juridique⁷⁹. Autrement dit, la qualification permet de déterminer la nature juridique d'un fait, d'un acte ou d'une institution afin de lui appliquer le régime juridique adéquat.

22. Toutefois, la qualification soulève certaines difficultés qui ne manqueront pas de se présenter dans cette étude.

En premier lieu, la qualification est une opération de raisonnement juridique qui fait recours à la logique formelle. Relevant du raisonnement analytique⁸⁰, la logique formelle utilise le syllogisme, ce qui suggère un certain risque d'arbitraire en

⁷⁵ Ch. ATIAS, « L'épistémologie juridique », Dalloz, 1^{re} éd. 2002, n° 333, p. 197. – V. également J.-L. BERGEL, « Méthodologie juridique », PUF, 1^{re} éd. 2001, p. 107.

⁷⁶ V. Ch. ATIAS, « L'épistémologie juridique », PUF, 1^{re} éd. 1985, n° 47, p. 86.

⁷⁷ P. WACHSMANN, « Qualification », Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 1277

⁷⁸ F. TERRE, « Volonté et qualification », APD, t. 4, *Le rôle de la volonté dans le droit*, Sirey, 1957, p. 101. – sur la définition de qualification V. également J.-P. NIBOYET, « *Cour de droit international privé* », Sirey 1949, p. 453. – D. LABETOULLE, « *La qualification et le juge administratif : quelques remarques* » : Droits, Revue française de théorie juridique, n° 18, *La qualification*, p. 31. – R. GUILLIEN et J. VINCENT, « *La qualification* », Lexique des termes juridiques, (Sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, 14 éd. Dalloz 2003.

⁷⁹ F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ, 1956. – J.-L. BERGEL, « *Théorie générale du droit* », Dalloz, 2^e éd. 1989, Collection méthode du droit. – Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique* », LGDJ., 1998, n° 160, p. 116.

⁸⁰ V. Th. JANVILLE, « *La qualification juridique des faits* », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n° 103, p. 89 : le raisonnement analytique s'oppose au raisonnement dialectique : le raisonnement analytiques mènent à partir de prémisses présumées comme indiscutablement vraies, à des conclusions également indiscutablement vraies. À la différence du raisonnement analytique, le raisonnement dialectique ne constitue, comme l'indique Chaïm PERELMAN que des délibérations et de controverses : C. PERELMAN, « *Logique juridique, nouvelle rhétorique* », Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 42. – Sur la notion de dialectique V. également : L. TROTSKY, « *L'ABC de la dialectique* » : <http://www.lariposte.com/L-ABC-de-la-dialectique-par-Leon-Trotsky-607.html> – La riposte, « *La logique formelle et la dialectique* » : www.lariposte.com/La-logique-formelle-et-la-dialectique-594.html, Vendredi 2 juillet 2010.

raison des incertitudes que comporte la définition de certains concepts⁸¹. La qualification suppose donc, au préalable, une définition d'une notion légale à laquelle on entend assimiler ou intégrer une situation de fait⁸². Plus clairement, le raisonnement syllogistique n'est pas propre au droit. Il est la base d'une démarche intellectuelle conforme à la nature humaine. Cependant, ce qui est déterminant, dans la logique formelle, ce n'est pas tant le contenu que la forme. Formellement, le raisonnement sera valable alors qu'au fond, il aboutira à des conclusions erronées. En effet, si une erreur vient à s'insérer dans les prémisses, la conclusion sera erronée⁸³. Or c'est bien là que se situe toute la complexité du raisonnement juridique : l'établissement des prémisses⁸⁴.

C'est la raison pour laquelle la présente étude doit contribuer à forger l'analyse pour déterminer le sens exact des critères de qualification de l'acte de société avant de traiter de la possible transposition de ces critères à la société unipersonnelle. Si l'on procède par déduction logique, il faudrait que les critères substantiels de qualification d'une société réelle soient transposables à la société unipersonnelle. A défaut de quoi, il faut au moins justifier l'existence de traits communs permettant d'unifier dans une même notion cohérente les sociétés unipersonnelle et pluripersonnelle. Il importe de rappeler aussi que le contrat de société ne suffit pas pour conférer la personnalité morale à la société. La société-personne morale est « quelque chose de plus » qu'une réunion d'associés. Il s'ensuit que la société unipersonnelle doit satisfaire non seulement aux critères de l'acte de société mais également aux conditions d'existence d'une personne morale réelle. A défaut de quoi, on renonce à une théorie unitaire et cohérente de la personnalité morale. On se contente alors d'une conception fonctionnelle ne conduisant qu'à la variabilité et à la négation du concept.

En second lieu, il est intéressant de relever que le cheminement qui consiste à insérer un fait dans sa catégorie d'accueil pour entraîner l'application d'un régime associé à cette dernière est proposé comme qualification idéale⁸⁵. En réalité,

⁸¹ P. PARTYKA, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, thèse, Montpellier, 2004, n° 43, p. 36. – V. également Th. JANVILLE, « *La qualification juridique des faits* », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n° 276, p. 203.

⁸² Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique* », LGDJ., 1998, n° 160, p. 116.

⁸³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, n° 161, p. 117. – V. également, J.-L. BERGEL, « *Méthodologie juridique* », 1^{ère} éd., 2001, PUF, p. 136 : Un raisonnement formellement correct peut conduire à des conséquences injustes ou absurdes, de sorte qu'on ne peut se plier aveuglement à sa conclusion.

⁸⁴ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, n° 161, p. 117.

⁸⁵ P. PARTYKA, « *Approche épistémologique de la notion de qualification ...* », thèse, *op. cit.*, n° 325, p. 258; V. également, *Ibid.*, n° 20, p. 21 : tous les discours théoriques menés à propos de la notion et de son importance relève l'existence d'un paradigme de la qualification parfaite. Selon le discours théorique de référence, un régime spécifique est appliqué à chaque catégorie. Chaque catégorie a forcément un régime et un seul. Une catégorie ne peut pas, dans le principe, emprunter le régime d'une autre catégorie, sauf à obéir à une intervention du législateur. Les séparations relevées dans les

l'opération de qualification n'emprunte pas toujours une voie descriptive. La qualification devient prescriptive par l'intermédiaire de la fiction juridique exercée dans un but d'utilité⁸⁶. Dans ce cas, le législateur entend appliquer un régime juridique autre que celui qui est censé s'appliquer normalement. Pour ce faire, il évince le caractère initial et détermine d'autres caractères qui ne se retrouvent pas forcément dans la nature réelle ou physique du fait mais qui seront de l'ordre de l'intellectuel, du construit, du fictif⁸⁷. Comme le droit n'est pas censé décrire la réalité mais lui appliquer un certain nombre de règles, la fiction dans la prédétermination de critères, et par là des caractères attendus, s'avère avantageuse⁸⁸. L'application de la fiction exclut donc la catégorie initiale pour en appliquer un autre. La fiction participe donc, en tant que mécanisme technique, à la création du droit et permet d'instaurer une distance avec la réalité pour favoriser une meilleure solution⁸⁹.

Cependant, la technique n'est pas neutre et emporte même un effet de qualification. Il est alors délicat de transposer une institution déterminée pour satisfaire certaines finalités sans, au moins, respecter les possibilités intrinsèques de la technique⁹⁰. Dans ce sens, on ne peut pas demander à une technique d'accomplir un travail disproportionné à sa taille. Une harmonie *minima* doit au moins exister entre la finalité première de la technique et le but de l'institution à promouvoir. Même lorsque le procédé technique est un mécanisme très simple, un choix s'impose, parce que n'importe quelle technique n'est pas apte à n'importe quoi, dit R. PERROT⁹¹. Plus clairement, au sein de toutes les institutions il existe une sorte de noyau, c'est-à-dire un élément technique vital sans lequel l'institution ne se conçoit

catégories se retrouvent dans les régimes. Ainsi, lorsque le fait est inséré dans une catégorie, il est qualifié, et cela entraîne l'application d'un ensemble de règles. La qualification permet de déterminer la nature juridique d'un fait afin de lui appliquer le régime juridique adéquat. C'est de prime abord, la conséquence d'un syllogisme, la majeure étant la règle de droit, la mineure, le fait qualifié, la conclusion l'application de la règle de droit au fait qualifié.

⁸⁶ P. PARTYKA, thèse, préc., n° 460, p. 351 : la fiction est un procédé singulier et radical dans le sens où elle instaure, par différents artifices, une rupture définitive avec la réalité à traiter. Destinée à permettre la réception d'un fait dans une catégorie différente de la sienne, pour en améliorer les conséquences juridiques, elle est un bienfait et comporte donc ses vertus.

⁸⁷ P. PARTYKA, thèse, préc., n° 25, p. 23.

⁸⁸ P. PARTYKA, thèse, préc., n° 25, p. 24.

⁸⁹ P. PARTYKA, thèse, préc., n° 462, p. 352

⁹⁰ V. R. PERROT, « *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques* », thèse, Paris, éd., Sirey, 1947, n° 3, p. 8 : En réalité, la notion de technique est souvent confondue avec celle de l'institution qu'il convient de les distinguer. L'institution ne se résout pas, en réalité, dans sa technique, car au sein de toute institution juridique se retrouvent deux éléments d'inégale importance : en tout premier lieu, le but poursuivi par la volonté, et ensuite – mais ensuite seulement – sa technique de mise en œuvre. V. également, n° 6, p. 11 : *L'institution juridique est avant tout une volonté dont les buts sont extrêmement nuancés en raison de son autonomie.* – V. également, P. PARTYKA, thèse, préc., n° 16, p. 18 : la qualification, base du raisonnement juridique et essentielle à l'application du droit, représentera un enjeu tant pour la science juridique que pour le justiciable. En ce sens, elle doit répondre aux exigences de prévisibilité, de précision et de cohérence du raisonnement.

⁹¹ R. PERROT, thèse, préc., n° 10, p. 19.

plus. Il en résulte que certaines règles techniques participant de l'essence même de l'institution ne peuvent pas être adaptées. Plus clairement encore, certaines règles constituent l'ossature essentielle d'une institution déterminée, et en forment *le mécanisme fondamental*, en ce sens qu'il est impossible d'y porter atteinte sans nier l'existence même de l'institution⁹². Du moins, n'est-ce là qu'un principe car, à l'extrême limite, les concepts eux-mêmes se déplacent et se transforment⁹³.

23. Il s'ensuit que, dans le sujet qui nous intéresse, toute explication juridique tendant à insérer la notion de société unipersonnelle dans le concept de société ou dans celui de personne morale doit respecter l'ossature essentielle du concept de société-personne morale sous peine d'en nier l'existence même et implique, par voie de conséquence, de découvrir sa vraie qualification. Il convient de préciser de même que chaque concept n'est pas toute la réalité, mais un élément de celle-ci⁹⁴. La pensée juridique ne suit pas exclusivement les lois de la logique formelle et elle fait référence à des valeurs, à des appréciations subjectives, à des réalités concrètes très diverses, alors que les règles de la logique formelle sont immuables et les mêmes partout⁹⁵. C'est donc dans le cadre d'un raisonnement dialectique et concret qu'il faut placer l'étude de la société unipersonnelle, ce qui ne dispense pas cependant de la critique.

B. Une question d'ordre réaliste : la recherche de la réalité juridique

24. Si la société unipersonnelle doit répondre, en tout état de cause, à l'exigence d'une société réelle, il convient d'apporter quelques précisions sur les

⁹² R. PERROT, thèse, préc., n° 74, p. 124. – V. également : R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 8, p. 16 : l'adéquation d'une technique à une institution juridique suppose des aménagements constants. En dépit de ces aménagements, il est cependant des cas où la technique initiale ne peut plus s'adapter à des situations qui lui sont éloignées – M. MIAILLE, « *Une introduction critique au droit* », Paris, éd. François Maspero, 1977, p. 244 : il peut y avoir des contradictions fondamentales, d'autres secondaires ; certaines sont antagoniques, d'autres ne le sont pas.

⁹³ R. PERROT, thèse, préc., n° 74 et 75, p. 124 et s : si une règle technique est de nature à paralyser la finalité de l'institution à promouvoir, il est toujours possible de l'éliminer. Toutefois, dans certain cas, l'interprète ne peut plus se permettre de les éliminer lorsqu'elles ne répondent pas exactement au but recherché. Ce n'est parce que certaines règles sont d'ordre public et que, par conséquent, la volonté individuelle ne peut plus avoir aucune emprise sur elles ; mais c'est aussi parce que toute institution juridique possède un mécanisme technique inhérent à son existence ; de même que l'être humain possède un squelette, les institutions juridiques, elles aussi, ont une ossature technique essentielle. Malgré toute volonté d'adapter la technique au but poursuivi, il y a une structure, un noyau, qu'il est impossible d'entamer, et avec lequel il faut nécessairement composer.

⁹⁴ P. DELNOY, « *Éléments de méthodologie juridique 1. Méthodologie de l'interprétation juridique 2. Méthodologie de l'application du droit* », 3^e éd. Larcier, Coll. De la faculté de droit de l'Université de Liège, n° 11, p. 51

⁹⁵ J.-L. BERGEL, « *Méthodologie juridique* », PUF, 1^{ère} éd., 2001, p. 136.

critères de la réalité juridique (1°) et leur fonction critique⁹⁶ avant de poser la question de la réalité juridique de la société unipersonnelle (2°)

1° Les critères de la réalité juridique

25. La réalité n'est pas un concept juridique par essence. C'est la raison pour laquelle la notion donne prise à des controverses dont les répercussions atteignent le domaine du droit⁹⁷. Il importe, dès lors, de préciser que le critère de la réalité juridique dépend de la conception retenue par l'interprète et l'on peut douter qu'un jour la question fasse l'unanimité⁹⁸. Cependant, on admet généralement que le droit est une discipline normative et non point explicative : il ne tend pas à formuler des jugements d'existence basés sur le principe de causalité, mais des jugements de valeur fondés sur l'idée d'une finalité⁹⁹. C'est donc l'idée de valeur qui va commander l'ordonnancement juridique et il ne s'agit pas d'une approche subjective de la valeur qui conduirait à l'arbitraire le plus intolérable mais d'une notion qui prend son assise dans la recherche d'une finalité¹⁰⁰. Le droit fournit un certain nombre de règles de conduite destinées à faire régner à la fois, l'ordre, le progrès et la justice¹⁰¹. Dans ce domaine, Paul ROUBIER distingue trois types d'arguments qui épuisent toute la substance du raisonnement juridique¹⁰². Le raisonnement du juriste fait appel, soit à des arguments de textes (méthode formaliste), soit à des arguments de raison, de justice ou d'équité (méthode idéaliste), soit à des arguments tirés des besoins du commerce et des nécessités des affaires (méthode réaliste).

26. Pour les théories formalistes, la première valeur à considérer est la sécurité juridique. Aussi, la validité de la norme ne dépend pas de son contenu, mais se justifie par sa conformité à une règle hiérarchiquement supérieure. La réalité juridique est constituée par les règles formelles indépendamment de leurs contenus qui ne peuvent être matière de science¹⁰³. C'est dans les textes des lois que le juriste doit rechercher les critères de la réalité. De la sorte, tout l'effort des jurisconsultes devrait donc être exclusivement tendu vers l'interprétation des textes, seule source formelle du droit. Mais cette tendance a suscité de vives critiques. On lui reproche notamment son formalisme excessif, laissant de côté tous les éléments moraux et

⁹⁶ Sur les critères de la réalité juridique V. également Roland RICCI, « *Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique* » : Droit et Société 2002, p. 151-183.

⁹⁷ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique* », LGDJ., 1998, Préface P. DIENER, n° 149, p. 108.

⁹⁸ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 153, p. 110.

⁹⁹ P. ROUBIER, « *Théorie générale de droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophies des valeurs sociales* », Sirey, 2^e éd., 1951, p. 317.

¹⁰⁰ P. ROUBIER, « *Théorie générale de droit...* », op. cit., p. 317.

¹⁰¹ F. TERRÉ, « *Introduction générale au droit* », Dalloz, 8^e éd. 2009, n° 8, p. 8.

¹⁰² P. ROUBIER, « *Théorie générale de droit...* », op. cit., p. 320.

¹⁰³ P. ROUBIER, « *Théorie générale de droit...* », op. cit., p. 61.

politiques, qui déterminent le contenu des règles de droit. Selon une opinion de plus en plus répandue, le droit ne se réduit pas aux seules règles de droit. Le droit « *est plus grand que les sources formelles du droit* » souligne J. CARBONNIER¹⁰⁴. Le contenu de la règle de droit n'est jamais gratuit, jamais accidentel, jamais insignifiant¹⁰⁵. A la légalité de la règle, propre aux positivistes étatiques indifférents au contenu de la règle, s'opposent, principalement, deux approches substantielles de la réalité juridique. La première, qui passe par une comparaison avec un système de valeurs supérieures, est présentée par les doctrines idéalistes, alors que la seconde, qui est connue sous le nom de positivisme sociologique, est présentée par les écoles réalistes.

27. La méthode idéaliste postule l'étude critique des textes de loi à partir d'un corps de règles idéales ne procédant pas d'une autorité étatique mais inspirées de valeurs supérieures au droit positif : la nature humaine éternelle et universelle, la nature des choses, les valeurs morales et l'équité. « *Cet idéal, toujours poursuivi jamais atteint, a trouvé son expression la plus ancienne, la plus poétique aussi parce qu'elle évoque la nature, dans les doctrines du droit naturel* »¹⁰⁶. Pour les jusnaturalistes, les droits positifs, forcément incomplets ou divergents, doivent tendre vers la consécration d'un idéal ou d'un droit supérieur procédant des lois non écrites, immuables et universelles. Cet idéal constitue le fondement de la règle de droit et légitime, par voie de conséquence, le caractère coercitif de cette règle.

Les sources formelles sont alors reléguées au second plan puisque la finalité essentielle de la règle de droit réside dans la recherche de la justice qui doit, le cas échéant, primer le pur respect de la légalité¹⁰⁷. La réalité juridique s'analyse, dès lors, à partir du droit positif mais à la lumière du droit naturel. Il est vrai que la méthode idéaliste n'est pas à l'abri des critiques¹⁰⁸, mais le rôle du droit naturel n'est pas

¹⁰⁴ J. CARBONNIER, « *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* », LGDJ., 10^e éd., 2001, p. 21.

¹⁰⁵ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil* », Sirey, 12^e éd., 2008, n° 37, p. 27.

¹⁰⁶ J. CARBONNIER, « *Droit civil Introduction* », PUF, 25^e éd., refondue, 1997, p. 85.

¹⁰⁷ La théorie du droit naturel a connu une profonde évolution au cours des siècles. La conception classique est, au départ religieuse : est juste ce qui est voulu par la divinité. Mais un courant naturaliste laïc a remplacé cette conception divine par une conception humaine : le juste se découvrirait par la raison humaine. Le droit naturel résulte des progrès scientifiques et permettant, au mieux, de comprendre la nature. Toutefois, cette conception humaine ne peut jamais réaliser la justice et conduit à revenir à la conception formelle : seul Dieu est juste alors que les lois humaines sont souvent établies plus dans l'intérêt de ceux qui gouvernent réellement que dans l'intérêt de tous.

¹⁰⁸ Le droit naturel serait inutile puisqu'en cas de conflit entre le droit naturel et le droit positif, c'est ce dernier qui doit s'appliquer. En outre, le droit naturel serait inexact. Une grande incertitude régnera sur son contenu puisque si le droit naturel a pour unité le besoin de la justice commun à tous les hommes, il aurait un contenu variable selon les civilisations et les époques. C'est notamment la position de l'école historique allemande. L'allemand STAMMLER (1861-1938), et dont les idées ont été reprises en France par SALEILLES (1855-1923), a soutenu une *théorie du droit naturel à contenu variable*. Cependant, un renouveau du droit naturel est partagé par certains auteurs, sous l'impulsion du droit

totalelement éliminé de la pensée juridique. « *Le droit naturel, c'est l'effort pour arracher continûment à la matière juridique ce qui est juste, id quod justum est...il ne se définit pas : se définir, ce serait s'arrêter* »¹⁰⁹. En tout état de cause, nul, fût-il positiviste, ne niera que le droit positif évolue et que cette évolution doit se faire dans le sens d'un progrès et de son utilité pour la collectivité¹¹⁰. La règle de droit doit satisfaire, tout au moins à un certain stade de civilisation, aux exigences d'un idéal de justice¹¹¹.

28. Aujourd'hui, c'est plutôt la sociologie qui joue le rôle d'instance critique à l'égard du positivisme formaliste. Les représentants du positivisme sociologique s'éloignent, en effet, d'une autojustification de la règle de droit et s'attachent moins à l'étude de la règle du droit positif qu'au fait social que constitue cette règle¹¹². La réalité juridique correspond à la réalité des faits puisque la règle juridique naît des faits¹¹³. La règle de droit est un épiphénomène sociétal, note Cl. CHAMPAUD. Dire que le droit est épiphénoménal par rapport à ses données économiques, sociales, culturelles politiques ou idéologiques, par exemple, c'est admettre que le droit est le produit de ces phénomènes sociétaux et non le contraire¹¹⁴.

Cette méthode réaliste se présente comme une démarche scientifique, c'est-à-dire neutre, sans *a priori*¹¹⁵. Ainsi, selon Cl. CHAMPAUD, l'étude du droit doit être induite de la réalité concrète et non déduite des postulats théoriques. Il en résulte que la démarche scientifique et (ou) pédagogique du juriste doit être inductive et non déductive¹¹⁶. Le réalisme juridique suppose donc que l'autorité du droit ne vient ni

communautaire et certains projets qui tendent à l'unification du droit dans des domaines spécifiques : le droit des obligations et la procédure pénale : M. BENILLOUCHE, A.-L. CHAVRIER, M. DELAMARRE « *Leçons d'introduction au droit* », éd. Ellipses, 2009, p. 17.

¹⁰⁹ J. CARBONNIER, « *Droit civil Introduction* », PUF, 25^e éd., refondue, 1997, n° 48, p. 88.

¹¹⁰ Ph. MALINVAUD, « *Introduction à l'étude du droit* », Litec, 12^e éd. 2008, n° 34, p. 29.

¹¹¹ P. ROUBIER, « *Théorie générale de droit...* », Sirey, 2^e éd. 1951, p. 124. – V. F. TERRÉ, « *Introduction générale au droit* », Dalloz, 8^e éd. 2009, n° 184, p. 151, note n° 2 : le juge dispose de divers procédés d'interprétation des lois, lui permettant de limiter le plus possible le champ d'application d'une loi qui lui paraît injuste.

¹¹² J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil* », Sirey, 12^e éd., 2008, n° 31, p. 23.

¹¹³ Ch. LARROUMET, « *Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé* », tome I, Economica, 5^e éd. 2006, n° 64, p. 34.

¹¹⁴ Cl. CHAMPAUD, « *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit* », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? : Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, 1999, p. 69 : selon Cl. CHAMPAUD, fondé sur la prise en compte de la fonction structurante du droit, l'analyse réaliste repose sur quatre principes fondamentaux : 1° la règle du droit est un épiphénomène sociétal. 2° La règle du droit est une technique et non une finalité. 3° la règle de droit est une norme structurante. 4° la règle de droit est le résultat d'un compromis.

¹¹⁵ M. MIAILLE, « *Une introduction critique au droit* », Paris, éd. François Maspero, 1977, p. 320 et p. 334.

¹¹⁶ Cl. CHAMPAUD, « *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit* », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, 1999, p. 69 : Pour M. CHAMPAUD une démarche scientifique pour l'étude de droit et ses règles par une approche réaliste se distingue en tout point de celle qui caractérise l'école

d'une source formelle, ni non plus d'un idéal de la justice, mais des besoins sociaux, c'est-à-dire s'appuie sur l'autorité de l'expérience¹¹⁷. Aussi, le droit positif est limité au droit effectivement en vigueur : seul serait du droit le droit qui est appliqué réellement. Dans la méthode réaliste, ce qui est déterminant de la règle de droit, c'est son efficience¹¹⁸.

Cependant, il convient de préciser que le jugement de valeur porté sur une règle de droit dépend du moment et du point de vue où l'on se place¹¹⁹. La méthode réaliste postule un esprit critique qui ne saurait cependant s'exprimer par une contestation constante, générale et absolue de l'opportunité de la règle ou de sa portée. Il est des lois récentes sans valeur et que l'on voit mort-nées sans regret. Il est des règles millénaires qui demeurent excellentes. On ne saurait mesurer la valeur des lois à la seule aune de leur ancienneté¹²⁰.

En revanche, de nombreuses critiques ont été adressées à cette méthode réaliste¹²¹. En premier lieu, la seule observation des réalités sociale ne suffit pas à légitimer une règle de droit : d'une part, il faut une adhésion de la majorité qui consiste à porter un jugement de valeur sur le fait considéré pour passer à une norme obligatoire. D'autre part, le droit peut ainsi modifier la réalité dans une certaine mesure. Il est, en effet, des règles mal acceptées par le corps social au moment où elles sont élaborées par l'autorité étatique et qui finissent par être acceptées par lui¹²². En second lieu, il ne semble pas que l'efficacité soit de l'essence de la règle de droit. Ce n'est pas parce qu'une règle de droit est violée qu'elle ne peut prétendre au statut de règle juridique. L'efficacité de la règle juridique relève du discours de la sociologie

exégétique. Selon M. CHAMPAUD la compréhension du droit part du concret (approche inductive) et non des concepts (approche déductive).

¹¹⁷ P. ROUBIER, « *Théorie générale de droit...* », 2^e éd. 1951, Sirey, p. 102.

¹¹⁸ Pour une explication détaillée de l'efficience de la règle du droit d'après la méthode réaliste V. Cl. CHAMPAUD, « *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit* », In Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, 1999, p. 69 : Selon M. CHAMPAUD, il ne faut pas confondre le droit positif avec les lois ou la jurisprudence. Tout d'abord, la loi n'est pas tout le droit. D'où l'importance des sources non écrites. L'importance des sources non écrites est au demeurant une caractéristique du « droit des marchands ». C'est donc le problème de la connaissance de la règle de droit appliquée ou réellement applicable. Ensuite, la loi n'est pas toujours le droit. Les lois écrites ne sont parfois qu'une lettre morte. Ces lois correspondent plus à un droit mythique qu'à la réalité juridique. Il existe plusieurs hypothèses où la loi n'est qu'un texte sans application, sans efficacité ou sans portée pratique. Enfin, si la jurisprudence est un élément constitutif du droit positif, celui-ci ne se réduit pas à la jurisprudence.

¹¹⁹ Cl. CHAMPAUD, « *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste ...* », art., préc.

¹²⁰ Cl. CHAMPAUD, « *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste ...* », art., préc.

¹²¹ Sur les critiques adressées à cette méthode, V. M. MIAILLE, « *Une introduction critique au droit* », Paris, éd. François Maspero, 1977, p. 321. – sur la notion d'effectivité de la règle de droit, V. J. CARBONNIER, « *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit* », In « *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* », LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 136-148.

¹²² Ch. LARROUMET, « *Introduction à l'étude du droit privé* », tome I, Economica, 5^e éd., 2006, n° 66, p. 34.

juridique et non de la théorie juridique¹²³. En effet, la réalité juridique est un concept plus étroit que celui de la réalité matérielle : d'un côté, le droit ou la norme juridique ne régit pas toutes les situations matérielles ; d'un autre côté, le droit fixe un cadre destiné à englober cette situation¹²⁴. En d'autres termes, la réalité juridique peut ne pas correspondre à la réalité des faits, soit parce la technique utilisée est inapte à contenir les faits soit que, volontairement, une technique est utilisée à des fins qui ne lui étaient pas assignées¹²⁵.

29. Finalement, quelle que soit l'approche ou la méthode envisagée, une réflexion critique trouve toujours une place et puise sa force dans une conception ce que doit être le droit. Si l'on s'inscrit dans une méthode uniquement formaliste, les difficultés ne seront pas éliminées, puisque tout système juridique doit répondre à une exigence de cohérence. Si l'on adopte une méthode idéaliste ou réaliste les difficultés subsistent, puisqu'il faut s'entendre sur la réalité que le droit doit prendre en compte ou sur la règle qui traduit mieux la justice à réaliser. De même, il n'existe pas une méthode qui s'applique exclusivement tout le temps et pour toutes les règles de droit et chaque règle de droit, prise isolément, est un compromis entre ces trois approches. Toutefois, il faudrait admettre que si une notion donnée est justifiée essentiellement par une approche déterminée de la réalité juridique, cette notion ne devrait pas être susceptible de s'exposer aux critiques mêmes adressées à cette approche ou inversement être critiquée sur le fondement même de cette approche. Dans le premier cas, la notion serait mal justifiée et non convaincante, dans le second cas, on aboutit à une contradiction flagrante. Il convient dès lors de déterminer, en ce qui nous intéresse, les critères de la réalité juridique de la société unipersonnelle.

2° Les critères de la réalité juridique de la société unipersonnelle

30. « *Un des problèmes les plus ardues avec lesquels le législateur ait à lutter, observait plaisamment IHERING, c'est celui d'empêcher les fraudes à la loi. Tout l'art qu'il déploie pour protéger la loi peut à peine résister aux finesses que la vie met à la violer, à la miner, à la battre en brèche. Il ne suffit pas toujours, pour obtenir le but désiré, d'ordonner une chose ou de la défendre, il ne suffit pas que l'épée ait un tranchant bien affilé pour que le coup porte ; le coup le plus terrible, si l'adversaire l'évite, devient un coup d'épée dans l'eau* »¹²⁶.

C'est dans cet esprit que les auteurs favorables à la société unipersonnelle considèrent que, dans la réalité des faits, l'exigence fondamentale d'une pluralité

¹²³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, op. cit., n° 152, p. 109 : cette démarche qui prétend partir de la norme sociale comme point de référence de la réalité juridique semble procéder d'une confusion de genre.

¹²⁴ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, op. cit., n° 151, p. 109

¹²⁵ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, op. cit., n° 151, p. 109.

¹²⁶ IHERING, « *Esprit du droit romain* », t. III, p. 254.

d'associés est dépassée par les entrepreneurs individuels cherchant à limiter leur responsabilité au passif (ou à obtenir des avantages d'ordre fiscal ou social). De ce fait, à leurs yeux, la nature *nécessairement* contractuelle de la société est une règle de droit inefficace et remise en cause puisqu'elle est peu respectée dans la pratique et facile à contourner, tout simplement, en faisant appel à des hommes de paille. C'est donc en application de cette approche réaliste, empruntée au positivisme économique et sociologique et exprimant l'impuissance du législateur face au phénomène des sociétés fictives, que la société unipersonnelle a été justifiée. Cependant, cette approche ne constitue semble-t-il ni le seul ni le vrai fondement de l'admission de la société unipersonnelle. L'existence des sociétés unipersonnelles de fait aurait pu conduire le législateur à durcir la sanction des sociétés fictives qui cachent, en réalité, les activités personnelles du maître de l'affaire. En réalité, les partisans de la société unipersonnelle se sont, en même temps, posé la question : pourquoi interdire à une personne ce qui est permis à deux ? Autrefois jugée illégitime, la faveur de limitation de responsabilité est devenue désormais une prérogative légalisée qui, tout à la fois, permet de faire progresser le droit dans le sens de son utilité pour la collectivité en encourageant la création des entreprises nouvelles et répond à un idéal de justice et d'égalité en limitant la responsabilité de l'entrepreneur individuel et en le faisant profiter des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les dirigeants des sociétés¹²⁷. La réalité des choses est donc quelque peu

¹²⁷ V. Rapport du comité présidé par P. SUDREAU, « *La réforme de l'entreprise* », coll. 10/18, p. 168 : il n'y a pas de raison déterminante pour admettre que quelques personnes, du seul fait qu'elles s'unissent, puissent limiter leur responsabilité alors qu'aucune d'elles ne pourrait individuellement jouir de cette possibilité. Ainsi, un groupe ne peut constituer une filiale dont il détiendrait en fait la totalité du capital, sans rechercher des associés fictifs et complaisants. Dès lors que serait apporté un capital en rapport avec le volume de l'activité de l'entreprise, il devrait être possible de constituer une société unipersonnelle. – Exposé des motifs du projet de loi relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : JO 1985 Ass. Nat., n° 2577 : le chef d'entreprise individuelle est dans une position nettement plus défavorable que celle du dirigeant social ou de l'associé dans la mesure où ces derniers ne supportent pas indéfiniment les dettes sociales, sauf exceptions tirées du droit des procédures collectives d'apurement du passif. – V. également, Intervention de M. CRÉPEAU, Ministre du commerce de l'artisanat et du tourisme, débat parlementaire, Sénat, séance du 22 mai 1985 : JO. 1985, Sénat, p. 648 et s. – J.-D. BREDIN, « *Au-delà de l'EURL ?* » in *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires...à propos des structures juridiques de l'entreprise*, CREDA 1968-1988 : Cah. dr. entr. 8 février 1990, n° 1, p. 24 : l'objectif de la loi de réparer l'injustice causée par le statut économique, fiscal et social des petits entrepreneurs. – A. SAYAG, « *De nouvelle structure pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : JCP G 1985, I, n° 3217 : « est donné ainsi satisfaction à une revendication argumentée par la dénonciation de la situation paradoxale de l'entrepreneur individuel, le plus désavantagé par le droit alors qu'il est le plus fragile, soumis un risque que plus aucun autre agent de production n'est exposé ni disposé à courir. Il s'agit donc de libérer l'esprit d'entreprise de la crainte légitime de voir le genre de la vie et l'avenir de l'entrepreneur, de son conjoint et de ses enfants, irrémédiablement compromis par un échec engloutissant le patrimoine familial ». – G. DAUBLON, « *Remarques sur l'entreprise unipersonnelles à responsabilité limitée (loi du 11 juillet 1985)* » : Defrénois 1986, art. 33641, p. 3, spéc. n° 8, p. 11 et s : le législateur poursuivait quatre objectifs principaux : 1) libérer l'esprit d'initiative en limitant la responsabilité indéfinie qui pèse sur l'entrepreneur individuel ; 2) diminuer le recours aux sociétés fictives ; 3) assurer une meilleure gestion des entreprises artisanales et commerciales ; 4) faciliter et encourager la transmission

complexe. Ce qui est véritablement contesté n'est pas le caractère contractuel de la société, puisque la société ne peut pas être autre chose qu'un contrat exprimant l'association entre deux ou plusieurs personnes. Ce qui est en réalité contesté est le fait de réserver la limitation de responsabilité à des groupements de personnes, ce qui est autre chose et situe la question sur un terrain tout à fait différent. A cet égard, on ne peut pas manquer à citer la formule du M. P. DIDIER qui observe 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* »¹²⁸.

31. Dans cette optique, si la société unipersonnelle n'est qu'un artifice juridique, elle a essentiellement pour objectif d'offrir la faveur d'une protection d'une partie du patrimoine personnel de l'entrepreneur solitaire¹²⁹. Cependant, tout artifice juridique et plus clairement toute transposition technique ne soulève pas seulement une question de qualification, mais engendre aussi des problèmes de légitimité et d'efficacité. Cela étant, il nous échoit alors de choisir le plan permettant d'analyser tous les aspects de la notion de société unipersonnelle.

IV. Choix du plan

32. Le choix du plan dépend de l'objectif de la thèse. De prime abord, la société unipersonnelle peut être envisagée selon une approche juridique et une approche économique. Cette dernière peut correspondre à une étude empirique et statistique qui mesure le succès de la société unipersonnelle dans le monde économique. Mais il convient, sur ce point, de préciser que ce n'est pas l'essentiel du travail du juriste. Le fait que beaucoup ou peu de sociétés unipersonnelles sont constituées en pratique n'influence pas sensiblement la réflexion d'ordre conceptuel. Il ne s'agit pas de négliger le critère réaliste mais plutôt de porter l'analyse sur le terrain de la réalité juridique et non économique, changeante et non vérifiée, et cela même si cette dernière n'est pas totalement absente de la présente étude.

des entreprises. – V. cependant, B. MAUBRU, « *Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL* » : JCP N 1986, I, p. 435 : rejetée par les utilisateurs potentiels, chef d'entreprises petites et moyennes, pour lesquels elle ne résout aucun des problèmes majeurs... l'intérêt de l'EURL n'est pas où l'on attendait et là où se situaient les débats parlementaires, à savoir : répondre à l'aspiration profonde des chefs d'entreprises. – V. également, les opinions exprimées lors de la *Journée d'étude de l'institut de droit de l'entreprise de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers (18 février 1986)* à propos de *l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* : JCP E 1986, II, n° 14756, p. 489.

¹²⁸ P. DIDIER, « *Droit commercial* », t. II, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, PUF., 3^e éd., 1999, p. 45.

¹²⁹ J.-D. BREDIN, « *Au-delà de l'EURL ?* » In *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires... à propos des structures juridiques de l'entreprise*, CREDA 1968-1988 : Cah. dr. entr. 8 février 1990, n° 1, p. 24 : « *n'est-il pas étonnant que le droit commercial n'arrive pas, par exemple, à consacrer pleinement le patrimoine professionnel et le patrimoine de l'entreprise ? Ce patrimoine professionnel est-il condamné à vivre dans le mythe, l'apparence de l'être social qui lui donne sa justification, qui le sauve du péché, le péché consistant dans la dualité des patrimoines, l'être social venant faire semblant – mais le droit français est rempli de semblants qui donnent bonne conscience aux juristes, et aussi aux praticiens – de respecter la norme ?* »

Si une étude d'ordre réaliste devait donc s'effectuer, ce serait à partir du principe d'unicité du patrimoine auquel la société unipersonnelle est censée porter atteinte. Il serait alors question non seulement de comparer la technique de la société unipersonnelle avec les sociétés pluripersonnelles, qui ont parmi d'autres objectifs celui de limiter la responsabilité de leurs membres, mais également de la confronter avec le statut de l'EIRL, qui a ce même objectif. De même, l'entreprise individuelle, qui est soumise au principe d'unicité du patrimoine, dispose d'une organisation qui ne permet pas, pour autant, d'en faire ni un sujet de droit (une personne morale disposant d'un intérêt propre) ni un objet de droit (un patrimoine autonome). Dans ce sens, une approche réaliste devrait montrer à partir de quel degré l'organisation peut conférer une existence juridique à une institution quelconque soit comme sujet soit comme objet de droit. Autrement dit, pourquoi et comment la société unipersonnelle dispose de la personnalité morale alors que ni l'EIRL ni l'entreprise individuelle n'en disposent ? De même, pourquoi et comment la société unipersonnelle et le statut de l'EIRL permettent de limiter la responsabilité de l'entrepreneur alors que l'entreprise individuelle ne le permet pas ? À supposer que la question de légitimité soit résolue, il reste donc crucial de se demander à partir de quel degré d'organisation on peut passer d'une structure à une autre et comment il est possible de le justifier juridiquement, puisque dans tous ces cas, il n'y a qu'une seule personne (entrepreneur individuel ou associé unique) qui est à la tête de son entreprise. Si toutes ces comparaisons militent pour faire comprendre la notion et la structure de la société unipersonnelle, elles favorisent nonobstant sa remise en cause.

Si le statut de l'EIRL conforte la remise en cause conceptuelle de la société unipersonnelle¹³⁰, puisque celle-ci apparaît plutôt comme un projet de société¹³¹ et que tout se passe en fin de compte comme si ni société ni personne morale n'existait, l'EIRL s'inscrit dans la même voie législative favorisant la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel. Dans ce sens, porter un jugement de valeur sur la société unipersonnelle, d'un point de vue réaliste, ne peut que révéler le paradoxe et la contradiction. En amont, la méthode empirique et inductive, propre au réalisme juridique et justifiant le passage du fait à la norme, apparaît comme le plus contestable ; les vrais faits qui gouvernent la pratique économique sont souvent mal

¹³⁰ V. C. MALECKI, « *La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : D. 2003, p. 2220 : cet auteur parle de la petite mort de l'EURL.

¹³¹ La constitution d'une société unipersonnelle consiste à adopter une forme juridique qui permet ultérieurement à l'entreprise unipersonnelle de se transformer facilement en une vraie société à plusieurs personnes. La société unipersonnelle pourrait avoir pour objectif de faciliter l'entrée de nouveaux associés notamment certains cadres d'entreprise ou même des tiers et surtout à l'organisation de leur succession : V. M. HIRSCH, In, *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires...à propos des structures juridiques de l'entreprise*, CREDA 1968-1988, débat, p. 27. – V. également, sous la direction de A. SAYAG ET C. JAUFFRET-SPINOSI, « *L'entreprise personnelle* », t. 2 : *critique et prospective*. CREDA, Litec, 1978 : cette étude distingue entre entreprise stable du petit commerçant détaillant qui n'a pas l'ambition de développement et les entreprises de croissance.

connus¹³². En aval, si l'introduction de la société unipersonnelle se présente comme une consécration de l'analyse réaliste et structuraliste du droit, la société unipersonnelle consacre la critique habituellement adressée à la méthode réaliste. En effet, le réalisme juridique et économique apparaît pour une grande majorité de la doctrine comme un instrument de remise en cause de la société unipersonnelle.

Sans doute, quelle que soit la qualification donnée à la société unipersonnelle, elle ne peut pas changer le contenu de la volonté de l'associé unique. Cela impose des adaptations, en fonction du but de l'institution, pour ne pas demeurer esclave de la technique. Mais là aussi, on aboutit à une impasse, puisque ce que la technique peut gagner en rigueur, elle le perd en opportunité et inversement. En réalité, non seulement le but de l'institution est enfermé dans un moule technique maladroitement choisi pour le promouvoir¹³³, mais aussi, sans oublier la possible fraude aux droit des tiers, c'est bien la légitimité de l'institution qui est en cause, puisque les fondements de la limitation de responsabilité sont, dans la réalité des choses, largement affaiblis. Si le statut de l'EIRL montre incontestablement qu'il s'agit d'une évolution législative toujours inachevée, il faudrait prévoir de fuir le feu de l'avertissement de RIPERT selon lequel « *La fraude est entrée dans nos mœurs* »¹³⁴ ou celui de Ph. MALAURIE selon lequel notre société est malade de la gestation des lois¹³⁵ plutôt que de craindre l'objection de l'unicité du patrimoine.

33. Ainsi notre étude tentera de démontrer que la société unipersonnelle devrait être remise en cause. Cette entreprise peut sans doute, surtout à l'heure actuelle, être jugée excessive. Néanmoins, il s'agit d'un point de départ qui reste à vérifier. En outre, ce point de départ permet de réaliser les objectifs de la thèse. Plus clairement, même si notre démarche se révèle non convaincante, elle permettra de soumettre la société unipersonnelle à un examen rigoureux et contribuera à l'effort de clarification d'un sujet de débats, certes ressassés mais, malgré tout, non clos. Ainsi, la remise en cause de la société unipersonnelle sera poursuivie en deux temps. Nous étudierons, tout d'abord, la remise en cause conceptuelle de la société unipersonnelle avant de traiter de la remise en cause réaliste de la de la société unipersonnelle.

1ère Partie : Une remise en cause conceptuelle de la société unipersonnelle

2de Partie : Une remise en cause réaliste de la société unipersonnelle

¹³² Cl. CHAMPAUD, « *Des droits nés avec nous...* », art., préc., M. CHAMPAUD avoue la difficulté de cette démarche en l'absence de connaissance suffisante du juriste des règles appliquées ou applicables. De la sorte, la seule solution pédagogique qui demeure ouverte à l'approche réaliste est de faire travailler l'imagination et l'intuition des réalités en l'absence d'une expérience directe et personnelle.

¹³³ R. PERROT, thèse, préc., n° 136, p. 195.

¹³⁴ G. RIPERT, « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », LGDJ., 2^e éd., 1951, n° 150, p. 340. - V. également, du même auteur, « *Le droit de ne pas payer ses dettes* » : D. H. 1936, chron. 57.

¹³⁵ Ph. MALAURIE, « *Les dix premières années de notre siècle et le droit civil* » : JCP G 2010, doctrine, n° 427, p. 781.

PREMIÈRE PARTIE UNE REMISE EN CAUSE CONCEPTUELLE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE

34. L'un des rôles de la science du droit est d'éviter les contradictions, à la fois parce que toute connaissance s'efforce à la cohérence et parce qu'en matière juridique, ces contradictions sont source d'incertitudes ou d'injustices¹³⁶. Toute innovation législative ou jurisprudentielle peut avoir des conséquences difficilement compatibles avec d'autres règles antérieurement consacrées¹³⁷. La cohérence dont les juristes se préoccupent les guide avec une puissance certaine et peut commander leur prise de position¹³⁸. La cohérence fonctionne aussi comme un critère de vérité ou de vérification¹³⁹. Ainsi, si la société unipersonnelle, telle qu'elle est admise en droit français, est une société personne morale, il convient de rappeler que toute société n'est pas une personne morale et que toute personne morale n'est pas une société. La principale question réside alors dans la possibilité d'élaborer une notion unitaire et cohérente de la société et de la personnalité morale englobant, pour chacune de ces deux notions, la société unipersonnelle. En d'autres termes, si le droit ne pourrait ou plutôt ne devrait pas admettre une chose et son contraire, il n'est pas contesté que la société unipersonnelle doit satisfaire aux conditions d'existence d'une société et, également, aux conditions d'existence d'une personne morale. Or, d'un point de vue conceptuel, l'absence d'une pluralité de personnes était un obstacle certain à la constitution d'une société avant la loi du 11 juillet 1985 admettant la possibilité d'une société créée par une seule personne. L'absence d'une pluralité de personnes était aussi, avant cette loi, une cause de fictivité d'une société-personne morale, constituée uniquement en apparence par plusieurs personnes, alors même que les formalités de constitution ont été bien respectées.

35. Face à cette antinomie ou cette incompatibilité des deux concepts¹⁴⁰, société et unipersonnalité, l'admission de la société unipersonnelle a suscité deux voies contradictoires.

¹³⁶ Ch. ATIAS, « *L'épistémologie juridique* », PUF, 1^{re} éd. 1985, n° 47, p. 86. – V. également, Ch. GOLDIE-GENICON, « *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* », LGDJ., 2009, Préface Y. LEQUETTE, n° 292, p. 370 : la cohérence restant toujours un idéal vers lequel le système juridique doit tendre sans jamais pouvoir l'atteindre.

¹³⁷ Ch. ATIAS, « *L'épistémologie juridique* », PUF, 1^{re} éd., 1985, n° 47, p. 86.

¹³⁸ Ch. ATIAS, « *L'épistémologie juridique* », Dalloz, 1^{re} éd., 2002, n° 333, p. 197.

¹³⁹ Ch. ATIAS, « *L'épistémologie juridique* », Dalloz, 1^{re} éd., 2002, n° 333, p. 197.

¹⁴⁰ Sur la notion d'antinomie et d'incompatibilité V. Ch. GOLDIE-GENICON, « *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* », LGDJ., 2009, Préface Y. LEQUETTE, n° 384 et s, spécialement, n° 386, p. 497 : deux normes sont incompatibles lorsqu'il est impossible de les appliquer simultanément, que ce soit de manière cumulative ou alternative. L'application de deux règles doit se heurter à une impasse, conduire à non-sens, même si une option est offerte entre elles. L'option elle-même doit retirer tout leur sens aux règles en concours, parce qu'elle offre le choix entre deux régimes inconciliables applicables à un même objet. Il en sera ainsi

36. La première s'est efforcée de trouver le dénominateur commun permettant d'unifier dans une même notion cohérente les sociétés unipersonnelle et pluripersonnelle. Cette voie oblige cependant à remettre en cause tant la notion classique de société fondée sur l'existence d'un véritable contrat de société que celle de personnalité morale fondée sur l'existence d'un intérêt collectif¹⁴¹. De sorte que cette voie, qui se veut moderne, ne peut être qu'artificielle et erronée. Si les critiques sont annoncées brutalement, c'est parce que les propositions qui introduisent les contradictions ont toutes les chances d'être rejetées comme telles : elles ne peuvent être le reflet du droit¹⁴². En réalité, l'utilisation des concepts est le moyen pour le juriste de les placer sous l'empire du droit et à la place qu'il leur assigne¹⁴³. Cependant, si tous les concepts sont abstraits, il convient de rappeler qu'un degré d'abstraction trop élevé est porteur de multiples inconvénients : ces concepts deviendront flous, non opératoires et donc inutiles. Les concepts abusivement abstraits auront uniquement une pure valeur doctrinale qui ne commandera pas plus l'application d'une véritable solution juridique qu'elle ne permettra de la faire progresser. C'est essentiellement à ce titre que la tendance favorable à la conceptualisation de la société unipersonnelle au regard de la notion de société-personne morale est critiquable. En réalité, tentant d'accommoder une notion fautive par une fautive conceptualisation, cette tendance essaye d'interpréter la notion de société-personne morale à la lumière de la société unipersonnelle. Cette analyse est non seulement pauvre d'un point de vue logique et conceptuel mais également non corroborée en droit positif. En tout état de cause, force est de constater qu'une société réelle doit réunir les éléments de validité et de qualification de l'acte de société¹⁴⁴. Il faut bien admettre aussi que si les fondements de la personnalité morale prêtent à des controverses classiques et modernes, il faut se souvenir qu'il existe des conditions en l'absence desquelles il y aurait obstacle à la personnification. Et, si la justification juridique de l'existence d'une société personne-morale fait défaut, il faudra délaissier cette première voie.

non seulement lorsque l'une des normes est la négation de l'autre, son versant opposé, mais aussi lorsque les deux règles soumettent à un régime divergeant une action, un acte ou un fait de même nature.

¹⁴¹ V. Cl. CHAMPAUD et P. LE FLOCH, « Définition de la société. Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 » : RTD com., 1986, p. 251 ; « Personnalité morale. Evolution du concept. Loi du 11 juillet 1985 » : Ibid., p. 252 ; « Modification de la loi du 24 juillet 1966. Création de l'EURL » : Ibid ; « Responsabilité aux dettes sociales. La loi du 11 juillet 1985. Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : Ibid., p.254.

¹⁴² Ch. ATIAS, « L'épistémologie juridique », Dalloz, 1^{re} éd. 2002, n° 332, p. 196 ; V. également n° 331 : la cohérence est une exigence générale. Tout gain obtenu dans l'ordre de cohérence marque un gain dans l'ordre de l'information. Ainsi l'épistémologie poppérienne, relève M. ATIAS, accorde une place déterminante à la cohérence du système théorique. Elle conditionne, en effet, « dans tout système théorique, qu'il soit ou non empirique », l'habitude à fournir de l'information.

¹⁴³ J.-L. BERGEL, « Méthodologie juridique », PUF, 1^{re} éd., 2001, p. 50.

¹⁴⁴ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 169, p. 122 et s.

37. S'ouvre alors une seconde voie hostile à cette notion : sous peine de fausser le raisonnement juridique et de s'éloigner des réalités juridiques admises en droit positif, il faut bien admettre une notion particulière de la notion de société unipersonnelle. Celle-ci est en réalité réduite à une appellation légale. D'une part, elle ne doit pas avoir d'incidence théorique sur le fondement contractuel de la société. D'autre part, elle ne doit pas porter atteinte à la notion de personne morale fondée sur l'existence d'un intérêt collectif. Il convient certes d'expliquer et de vérifier ces affirmations mais, à supposer celles-ci admises, on doit alors opter pour une remise en cause tant de la notion de société unipersonnelle que de la personnalité morale de la société unipersonnelle.

Titre I : La remise en cause de la notion de société unipersonnelle

Titre II : La remise en cause de la personnalité morale de la société unipersonnelle

TITRE I. LA REMISE EN CAUSE DE LA NOTION DE SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE

38. La définition de la société donnée par l'article 1832 du Code civil maintient la référence au contrat, que ce soit par la terminologie employée ou par la place de cette définition dans le Code¹⁴⁵. Même si elle ne se réduit pas à un contrat, la création d'une société se présente ainsi comme une manifestation de la liberté contractuelle¹⁴⁶. Selon S. SCHILLER, sans nécessairement retenir une conception strictement contractuelle de la société, l'existence d'un contrat à l'origine de cette structure est unanimement constatée¹⁴⁷. À ce titre, il convient de faire deux remarques.

La première est que toute conclusion d'un contrat spécial pose des problèmes de qualification¹⁴⁸. Les critères de cette qualification constituent des conditions indispensables pour bénéficier du régime de ce contrat. La détermination des critères de qualification du contrat de société devra donc être vue comme une limite à la liberté contractuelle, car si des critères précis sont déterminés, leur absence entraînera la fictivité de la structure¹⁴⁹. Il existe donc à la base de toute qualification un certain nombre d'éléments qui constituent les critères de celle-ci¹⁵⁰.

La deuxième remarque est qu'il ne suffit pas d'affirmer à propos d'une qualification que celle-ci implique la réunion de certains éléments. Encore faut-il examiner comment se réalise leur assemblage. Plus précisément, ces éléments concourent à établir les conditions d'existence d'un cadre déterminé, mais la structure des qualifications varie en fonction des modalités de leur assemblage. Toute qualification implique donc l'existence d'un ou de plusieurs éléments de base unis les uns aux autres selon une certaine structure¹⁵¹.

¹⁴⁵ S. SCHILLER, « *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés Les connexions radicales* », LGDJ., 2002, Préface F. TERRÉ, n° 8, p. 6 : le titre IX « *De la société* » est situé entre le IIIV qui traite du contrat de promotion immobilière et le X qui porte sur les conventions relatives à l'exercice des droits indivis. La société se présente ainsi comme un contrat spécial.

¹⁴⁶ S. SCHILLER, op. cit., n° 8, p. 6.

¹⁴⁷ S. SCHILLER, op. cit., n° 988, p. 486.

¹⁴⁸ S. SCHILLER, op. cit., n° 123, p. 67. - Sur les difficultés soulevées par la question de qualification d'un contrat spécial, V. J. HUET, « *Les principaux contrats spéciaux* », LGDJ., 2^e éd. 2001, n° 11, p. 21. - J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil. Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 56 et s. - Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P-Y. GAUTIER, « *Les contrats spéciaux* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 7, p. 7 et s. - F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ., 1956, n° 20 et s., et n° 273, p. 257 : « *lorsque les contractants désirent passer un contrat donné, il ne suffit pas – c'est là une donnée de base constante et indiscutée – qu'il adoptent le nom de ce contrat sans lui emprunter ses stipulations. Encore faut-il que les stipulations correspondent au « nomen » utilisé. La même remarque vaut encore pour l'acte unilatéral. Si la qualification employée est inadéquate, elle sera remplacée* ».

¹⁴⁹ S. SCHILLER, op. cit., n° 123, p. 67.

¹⁵⁰ F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ., 1956, n° 9, p. 8.

¹⁵¹ F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ., 1956, n° 8, p. 7 et s : lorsque plusieurs éléments constituent le support d'une qualification, la fixation des critères de

39. Ainsi, dans le sujet qui nous intéresse, unité de la notion oblige, la doctrine favorable à la société unipersonnelle a soutenu la possible transposition dogmatique et technique de la notion de société du droit commun à la société unipersonnelle. D'une part, cette doctrine essaye, en effet, de *conceptualiser* ou de redéfinir les éléments de qualification de l'acte de société de telle façon qu'ils puissent s'appliquer à la société qu'elle soit unipersonnelle ou pluripersonnelle. D'autre part, cette même doctrine soutient l'unité de la structure juridique des sociétés pluripersonnelles et unipersonnelles. Il en résulte que la cohérence nécessaire à la détermination de la qualification de la société unipersonnelle exige, selon Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, chaque fois que cela est possible, de transposer les solutions issues de la théorie générale du contrat aux actes juridiques unilatéraux¹⁵². De surcroît, l'unité de la notion de l'acte de société peut être retrouvée à travers une théorie de l'acte juridique qui reste à élaborer¹⁵³... !

40. Toutefois, une simplification grossière de la notion de société ne doit pas masquer les difficultés qui naissent de l'admission de la société unipersonnelle.

D'un côté, l'association entre deux ou plusieurs personnes conditionne inéluctablement l'existence des éléments de qualification sociale ou sociétaire. En effet, la nécessaire adaptation à l'unipersonnalité rend les notions que l'on doit retenir de chacun des éléments de qualification non opératoires. Or la lecture de cette doctrine montre qu'il ne s'agit pas uniquement d'une transposition mais plutôt d'une déformation de la notion de société. Selon Y. GUYON, l'EURL, « *provoque non pas une simplification mais une dénaturation des règles applicables* »¹⁵⁴.

D'un autre côté, si la transposition technique apparaît, dans certains cas, possible, l'association entre deux ou plusieurs personnes est le noyau dur sans lequel la notion de société ne pourrait pas se concevoir¹⁵⁵. Il s'ensuit que sous peine d'admettre une notion totalement fuyante de la société, on est bien obligé de constater que l'on est en présence d'une notion différente et bien particulière quand il s'agit de société unipersonnelle.

celle-ci s'avère alors plus délicate. Plus les éléments sont nombreux, plus la qualification sera délicate ; Aussi, *Ibid.*, n° 11, p. 9 : si un seul élément sert de base à la qualification, la structure de la qualification est unitaire. Mais c'est là un phénomène exceptionnel. Ordinairement, deux ou plusieurs éléments sont requis.

¹⁵² Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 168, p. 122 et s.

¹⁵³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE « *De l'E.U.R.L. à la S.A.S.U. ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité* », Petites affiches, 2000, n° 185, p. 48. – En ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 10 et n° 1099, p. 553 : « *la multiplication des sociétés unipersonnelles en droit français (EURL, EARL, SASU, SELARL unipersonnelle, SELAS unipersonnelle) impose de reconsidérer la conception classique qui analyse la de société comme un contrat et conforte l'analyse selon laquelle la société est un acte unilatéral, collectif ou individuel, selon que la société est pluripersonnelle ou unipersonnelle* ».

¹⁵⁴ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 510-1, p. 558.

¹⁵⁵ *Supra* n° 22 et s.

En résumé, la société unipersonnelle ne ressemble ni par sa nature juridique ni par son régime à la société pluripersonnelle. Suivant cette voie, nous démontrons l'absence des éléments de qualification sociale dans l'acte unilatéral avant de confirmer l'absence d'une structure de qualification sociale.

Chapitre I : L'absence des critères de qualification sociale dans l'acte unilatéral

Chapitre II : L'absence d'une structure de qualification sociale dans l'acte unilatéral

CHAPITRE I. L'ABSENCE DES CRITÈRES DE QUALIFICATION SOCIALE DANS L'ACTE UNILATÉRAL

41. Le terme société désigne à la fois l'acte constitutif et le groupement de personnes généralement dotée de la personnalité morale. C'est de la notion de société en tant qu'acte juridique qu'il sera question dans le présent sous-titre. A cet égard, l'alinéa premier de l'article 1832 du Code civil précise que l'acte juridique propre à instituer une société est en principe le contrat : « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes *qui conviennent par un contrat...* ». La formation de tout acte juridique implique la réunion de certaines conditions de fond et l'acte de société n'échappe naturellement pas à cette exigence. Toutefois, il est habituel, en doctrine, d'opérer une distinction entre les éléments de fond de l'acte de société : entre ceux qui ne seraient que l'application du droit commun des contrats (consentement, capacité, objet, cause) et ceux ayant une valeur de qualification et réputés propres au contrat de société.

Ainsi, B. PETIT précise-t-il que « *l'acte de société est surtout subordonné à diverses conditions spécifiques, imposées de manière plus ou moins explicite par l'article 1832 du Code civil. La plupart de ces exigences, cependant, constituent moins de véritables conditions de validité de l'acte que des circonstances permettant de décider de la qualification de celui-ci* »¹⁵⁶. Plus précisément, d'après l'article 1832 du Code civil, il existe trois éléments de qualification de l'acte de société : l'élément personnel que constitue la pluralité d'associés ; l'élément matériel que représente la mise en commun d'apports ; enfin, l'élément intentionnel qui englobe les deux éléments que sont, d'une part, la participation aux bénéfices et, le cas échéant, la contribution aux pertes et, d'autre part, *l'affectio societatis*. Bien que ce dernier élément ne soit pas exigé expressément par la lettre de l'article 1832 du Code civil, il est acquis que *l'affectio societatis* constitue un élément de qualification et résulte, selon une doctrine autorisée, des expressions « entreprise commune » de l'article 1832 et « intérêt commun » de l'article 1833 du Code civil¹⁵⁷.

42. Cependant, une nouveauté, objet de la présente étude et issue de la loi du 11 juillet 1985, a introduit une autre technique permettant d'instituer une société. Cette loi a en effet ajouté un deuxième alinéa à l'article 1832 du Code civil prévoyant que la société « *peut être instituée, dans les cas prévue par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne* ». D'une manière étonnante, un silence assourdissant se dégage à la lecture de cet alinéa puisqu'il ne précise aucun élément ou critère de qualification.

¹⁵⁶ B. PETIT, « *Droit des sociétés* », Litec, 5^e éd., 2010, n° 21, p. 18.

¹⁵⁷ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 98, p. 60.

Certes, l'élément personnel, à savoir la pluralité de personnes, disparaît totalement et il est légitime de penser que le contrat n'est pas de l'essence de la société. Mais *quid* des autres éléments ? Que deviennent l'affectation à une entreprise commune (objet de l'engagement de l'associé), le partage des bénéfices et la participation aux économies (cause de l'engagement de l'associé) et l'*affectio societatis* ?

Selon D. RANDOUX, « la simple lecture du texte permet d'ailleurs de prendre conscience de la déformation que subit la technique sociétaire. Comment, en effet, transposer les éléments constitutifs de la société ? S'il existe bien une affectation des biens, peut-on réellement parler de partage des bénéfices ? Que devient l'*affectio societatis* ? En effet, il y a un décalage formidable entre les données économiques et sociales spécifiques et un construit qui n'est fait que d'emprunt au droit des sociétés. Privilégiant la rapidité à l'efficacité, le législateur s'est contenté d'un statut d'emprunt. Faut-il alors s'étonner que ce statut soit largement décevant ? »¹⁵⁸.

Si l'absence de l'élément personnel ne fait pas de doute, nous démontrerons aussi l'absence, au sein de l'acte unilatéral, tant de l'élément matériel que des éléments intentionnels de qualification d'une société.

Section 1 : L'absence de l'élément matériel de qualification d'une société dans l'acte unilatéral

Section 2 : L'absence des éléments intentionnels de qualification d'une société dans l'acte unilatéral

Section 1. L'absence de l'élément matériel de qualification d'une société dans l'acte unilatéral

43. L'objet de la société, ou objet social, est généralement défini comme le genre d'activité que les associés se proposent de faire exercer par la société en vue de faire des bénéfices ou de réaliser des économies. Cependant, l'objet social se distingue de l'objet du contrat de société. Ce dernier est défini de manière abstraite par l'article 1832 du Code civil et constitue un élément matériel de qualification de l'acte de société. Il correspond à la mise en commun de biens ou d'activités en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Il faut cependant souligner que l'objet du contrat de société correspond à l'obligation de chaque associé de faire un apport. Cette obligation constitue, par voie de conséquence, un critère de la qualité d'associé.

C'est de la notion d'apport en tant qu'élément de qualification d'une société qu'il sera question dans le présent chapitre. Nous expliquerons, en premier lieu, la notion d'apport comme élément matériel de qualification d'une société (§ 1). En

¹⁵⁸ D. RANDOUX, « Une société très spécifique : l'EUURL » : JCP N 1985, I, doctrine, p. 355.

second lieu, nous montrerons l'absence de valeur qualificative de l'acte unilatéral d'apport à une société unipersonnelle (§ 2).

§1. La notion d'apport en société comme élément matériel de qualification

44. Le terme d'apport recouvre, en effet, deux réalités distinctes intimement liées : il désigne, d'une part, les biens ou l'industrie apportés à l'entreprise commune et, d'autre part, l'opération juridique consistant dans la mise en commun de certains biens ou service et leur affectation à la réalisation de l'objet social.

Ainsi, la mise en commun des apports est une condition indispensable à la constitution d'une société¹⁵⁹. Elle résulte essentiellement des dispositions de l'article 1832, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui prévoit que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie...* »¹⁶⁰. De même, l'article 1843-3 du Code civil renforce cette obligation et dispose que « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ». Il est alors naturel que la doctrine unanime insiste sur le fait que s'il n'y a pas d'apports, il ne peut y avoir de société. Sans apports, il ne saurait même pas y avoir société de fait ou société créée de fait¹⁶¹.

En outre, la mise en commun d'apports constitue un élément indispensable à la qualification d'une société en ce qu'elle conditionne aussi l'existence des autres éléments de qualification. Par l'acte d'apport, les associés scellent le pacte social et manifestent leur désir d'œuvrer ensemble, autrement dit leur *affectio societatis*¹⁶². La mise en commun d'apports caractérise aussi la soumission aux aléas sociaux, ce qui participe du caractère aléatoire de l'acte de société¹⁶³.

¹⁵⁹ Cass. Req. 15 décembre 1920 : S. 1920. 1, p. 17, note G. BOURCART.

¹⁶⁰ L'ancien article 1832 disposait que « *La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent à mettre en commun des biens ou leur industrie...* »

¹⁶¹ D. GIBIRILA, « *Constitution de la société : apports* » : Juris-Classeur, 2000, art. 1832 à 1844-17 : fasc. 11, n° 2 et les références citées. – L'absence d'apports peut entraîner la requalification de la société en association : Cass. com., 12 mars 2002 : Dr. sociétés, août-septembre 2002, n° 148, p. 10, note, F.-X. LUCAS. – V. cependant, T. MASSART, « *La société sans apport* » : in Mélanges offerts à Paul DIDIER, éd. Economica, 2008, p. 289 ; également, même auteur, T. MASSART, « *Contrat de société* » : Répertoire de droit des sociétés, avril 2006, mise à jour, mars 2009, n° 52.

¹⁶² A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 167, p. 164.

¹⁶³ A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », op. cit., n° 167, p. 164 : L'une des caractéristiques de l'apport est la soumission aux aléas sociaux.

De quelque façon qu'on la définisse¹⁶⁴, la nécessité de l'opération d'apport se manifeste à un double titre. Les apports sont, en premier lieu, nécessaires à l'existence et à la validité de la société elle-même : il n'y a pas de société sans apports et la fictivité des apports entacherait la société d'une irrégularité source d'annulation. Les apports sont, en second lieu, nécessaires à la reconnaissance de la qualité d'associé : il n'y a pas d'associé sans apport, du moins lors de la constitution de la société¹⁶⁵. La règle est si peu discutée qu'elle n'est jamais violée dans la pratique¹⁶⁶. La jurisprudence, qui affirme une confusion entre la qualité d'associé et qualité d'apporteur, renforce ainsi le caractère fondamental de l'apport¹⁶⁷.

45. Au vrai, l'hypothèse d'une société à laquelle aucun apport n'a été effectué ne se rencontre guère dans la pratique. Cette éventualité reste théorique. En revanche, on rencontre la fictivité de l'apport, l'apport surévalué, l'inexécution de l'engagement d'apport ou encore l'apport sous condition purement potestative¹⁶⁸. Quant à la fictivité, elle suppose que l'apport ne procure aucun avantage à la société : soit parce que le bien transmis est inconsistant puisque l'apporteur met à la disposition de la société un bien dépourvu de valeur pécuniaire, soit parce que les droits transmis n'existent pas, soit, enfin, parce que l'apporteur transfère un droit dont il n'est pas ou n'est plus titulaire. Dans tous ces cas, il y a nullité de l'apport. Cette nullité a pour premier effet de faire perdre à l'apporteur la qualité d'associé. Mais, dans l'opinion générale, la nullité de l'apport peut entraîner la nullité de la société elle-même, sous la condition assez exceptionnelle en pratique que tous les apports soient déclarés nuls (art. 1844-10 du C. civ., et L. 235-1 du C. com). Il faut cependant remarquer que la nullité d'un seul apport peut être la cause même de la nullité de la société. C'est le cas notamment lorsque l'apport défectueux est indispensable à la réalisation de son objet, en particulier l'exploitation d'un fonds de commerce, ou s'il est la cause de la société¹⁶⁹.

46. La mise en commun des apports rend également possible l'accomplissement de l'entreprise commune qui est l'objet de la société. Essentiellement, le total des apports donne la mesure du capital social, lequel est un

¹⁶⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 106, p. 59 : « *l'apport est le contrat par lequel l'associé affecte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise de titres sociaux* ». – G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-50, p. 39 : « *l'apport en société est le bien qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société en vue de l'exploitation. S'il n'y avait pas d'apports, mais seulement travail en commun, il y aurait collaboration et non une société. Ce sont les apports qui constituent le patrimoine initial de la société* ».

¹⁶⁵ B. PETIT, « *Droit des sociétés* », Litec, 5^e éd., 2010, n° 26, p. 21.

¹⁶⁶ P. DIDIER et B. SAINT-ALARY, Encyclopédie Dalloz Société, V. « *Société* », n° 53.

¹⁶⁷ A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 162, p. 161.

¹⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1974 : Bull. civ. 1974, I, n° 198.

¹⁶⁹ D. GIBIRILA, « *Nullité de société, d'actes ou de délibérations* », Juris-Classeur Civil Code, Fasc. 80, n° 14. – Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 99.

instrument essentiel du fonctionnement des sociétés. Sans cet investissement de départ, la société ne saurait, en effet, fonctionner. On comprend la vigueur de la sanction prévue en l'absence d'apport¹⁷⁰.

47. Enfin, si la notion d'apport est traditionnellement liée à celle de société, elle n'est pas le seul élément caractéristique. Autrement dit, si l'apport est un élément essentiel du contrat de société et nécessaire à l'acquisition de la qualité d'associé, il n'est pas le seul élément déterminant puisqu'il se rencontre, en réalité, dans d'autres institutions. Il est ainsi en matière de fonds communs, d'association¹⁷¹, de groupement d'intérêt économique et même en matière de communauté conjugale¹⁷². L'article 1525 du Code civil dispose ainsi que « *sauf stipulation contraire* », la stipulation de parts inégales et la clause d'attribution « *n'empêchent pas les héritiers du conjoint prédécédé de faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur* ».

En définitive, malgré son insuffisance, l'apport constitue un élément indispensable à la qualification de l'acte de société. Cependant, il n'en est pas ainsi lorsqu'il est fait par une seule personne à une entreprise unipersonnelle.

§2. L'absence de valeur qualificative de l'acte unilatéral d'apport à une société unipersonnelle

48. La notion d'apport est traditionnellement liée à celle de société. L'obligation d'effectuer un apport vaut pour toutes les sociétés y compris les sociétés unipersonnelles¹⁷³. L'acte unilatéral d'apport peut être défini comme l'acte par lequel une personne affecte des biens et, éventuellement, son industrie à une entreprise individuelle¹⁷⁴. Cependant, il ne semble pas que l'affectation des biens à une société unipersonnelle constitue un élément de qualification d'une société¹⁷⁵. En réalité, la

¹⁷⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2009, n° 106, p. 60 et s.

¹⁷¹ A la différence avec la société, dans l'association les apports sont facultatifs, V. Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 37, p. 62 et note n° 2 : « *l'article 1^{er} de la loi de 1901 ne fait référence à la mise en commun que de connaissance ou d'activités. Seul le décret d'application de la loi (D. 16 août 1901) fait allusion à des apports à propos de leur reprise* ».

¹⁷² Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 98, p. 94.

¹⁷³ D. GIBIRILA, « *Constitution de la société : apports* » : *Juris-Classeur*, 2000, art. 1832 à 1844-17 : fasc. 11, n° 2 : « *si les sociétés ne sont pas les seuls groupements à recevoir des apports, il ne peut y avoir de société tant que les associés ne font pas d'apports. Ce sont des éléments constitutifs de la société, qu'elle soit civile ou commerciale, pluripersonnelle ou unipersonnelle* ».

¹⁷⁴ V. A. SAYAG, « *De nouvelle structure pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : *JCP G* 1985, I, n° 3217 : il fallait indiquer la finalité de l'acte unilatéral de volonté instituant la société : ce ne pouvait être qu'affecter des biens à une entreprise.

¹⁷⁵ V. A. SAYAG, « *De nouvelle structure pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : *JCP G* 1985, I, n° 3217 : la loi du 11 juillet 1985 a substitué à la formulation « *mettre en commun des biens ou leur industrie* » celle d'« *affecter à une entreprise commune des biens et leur industrie* ». Peut-être

notion d'apport est liée d'une part, à la pluralité d'apporteurs et d'autre part à l'affectation des biens et (ou) de l'industrie. Mais aucune de ces deux conceptions, prise isolément, ne permet de faire de l'acte unilatéral d'apport un élément de qualification d'une société. C'est ce qu'il convient de vérifier en montrant en quoi la notion d'apport est liée à la pluralité d'apporteurs (A) avant d'expliquer l'insuffisance de la notion d'apport liée à l'affectation (B).

A. La notion d'apport liée à la pluralité d'apporteurs

49. Ce qui est caractéristique de la société, c'est la mise en commun des apports ou plus clairement la pluralité des apporteurs¹⁷⁶. L'apport désigne, rappelons-le, deux réalités juridiques intimement liées : d'une part, l'opération d'affectation des biens ou service à l'entreprise et, d'autre part, leur mise en commun. Ainsi, selon H. BLAISE, l'apport en société exprime deux choses : il désigne l'opération juridique consistant à mettre en commun certains biens, mais aussi, « *le bien mise en commun par l'associé* »¹⁷⁷. De même, selon A. ESCHMANN, « *il serait parfaitement spécieux de vouloir ériger en deux conditions distinctes la nécessité de l'existence des apports et celle de leur mise en commun. Par sa nature même la notion d'apport, dans sa double acception, exprime l'idée d'une mise en commun...il n'est pas possible de parler d'apport s'il n'y a point de mise en commun* »¹⁷⁸.

La société – et c'est là la première de ses caractéristiques essentielles – est donc une entreprise qui doit ses apports, son capital à deux ou plusieurs personnes, voire à des milliers d'actionnaires. Sans doute, cette exigence de pluralité ne se traduit, en droit, que par des chiffres dérisoires : deux associés suffisent en règle générale, sept dans les sociétés anonymes. Cependant, il n'en demeure pas moins que cette exigence reste largement nominale car, si la loi compte les associés, elle ne les pèse pas et rien n'interdit qu'un associé fasse un apport de quatre-vingt-dix-neuf et l'autre

ce recours au concept d'affectation est-il la trace du débat préalable entre tenants de la société unipersonnelle et ceux du patrimoine affecté

¹⁷⁶ V. P. DIDIER et B. SAINT-ALARY, Encyclopédie Dalloz Société, V. « Société », n° 54 et 55 : la mise en commun demeure, néanmoins, le critère essentiel qui distingue la société de toutes les autres formes d'entreprise et, plus particulièrement, de l'entreprise unipersonnelle appelée quelquefois, par une hérésie grammaticale et juridique, « société unipersonnelle ». Jusqu'à présent le droit positif ne tolère la société unipersonnelle que dans les cas prévus par la loi.

¹⁷⁷ H. BLAISE, « *L'apport en société* », thèse, Sirey, 1955, n° 3, p. 4.

¹⁷⁸ A. ESCHMANN, « *La constitution des sociétés et le droit commun des contrats* », thèse, Nancy, II, 1979, p. 73, n° 87. – En ce sens : Y. CHAPUT, Juris.-Cl. Civil, article 1832 à 1844-17, Fasc. 11, V. *Société, dispositions générales – constitution de la société : apport*, n° 1. – Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica 12^e éd., 2003, n° 99, p. 98 : « *la mise en commun est une condition indispensable à la constitution d'une société* ». – V. également, C. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique* », Préface P. DIENER, LGDJ., 1998, n° 174, p. 127 : Certains auteurs préconisaient sous l'empire de l'ancienne législation qu'il convenait de distinguer entre l'existence des apports et leur mise en commun. Cette interprétation était confortée par l'article 1833 al. 2 du Code civil, qui prescrivait avant 1978 que chaque associé devait « apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ». Cette analyse dualiste de la notion d'apport a fait l'objet de critique.

d'un. « *L'égalité entre les associés n'est pas absolue. Elle suppose seulement une proportion entre le montant des apports et la valeur des droits attribués à chacun* »¹⁷⁹. En réalité, aucune loi ne peut fixer un nombre minimum de parts ou d'actions sans lequel la personne ne peut pas acquérir la qualité d'associé. Le décès ou la cession des parts ou actions sont des événements qui sont susceptibles de faire varier le nombre des parts ou actions appartenant à chaque associé. Il s'agit d'un élément de fait inévitable et dont la réalité doit être caractérisée par les juges de fond. Si, malgré tout, la réalité d'une pluralité d'apporteurs est atteinte et les rites sociaux bien respectés, il s'agit d'une société réelle. Si, au contraire, il y a une utilisation de la technique sociale à des fins pour lesquelles la technique est interdite, il y aura donc une société fictive qui cache l'activité d'une seule personne physique ou morale.

50. De même, si le terme apport, suppose par sa nature même l'existence d'une pluralité d'apporteurs, c'est que la notion d'apport est nécessaire, en réalité, pour déterminer la part de chacun des apporteurs dans le capital social. Ainsi, l'article 1843-2, al 1^{er} du Code civil précise que « *les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci* ». Il en résulte que la répartition des bénéfices (ou le droit sur le boni de liquidation en cas de dissolution) et la contribution aux pertes sont proportionnels au montant des apports de chacun.

51. Dans cette optique, lorsqu'il n'existe qu'une seule personne, la notion d'apport apparaît inutile. En effet, dans une société unipersonnelle, la notion d'apport ne peut avoir d'intérêt que lorsque l'associé unique entend céder certaines parts à un autre associé. Aussi, on a pu relever que « *la représentation par des parts sociales du capital de l'EURL est superfétatoire tant qu'il n'y a qu'un associé unique. Il sera toujours temps lorsque l'entrepreneur voudra céder partiellement son entreprise de diviser le capital en parts* »¹⁸⁰. Plus clairement, il est vrai que la représentation du capital de la société unipersonnelle par des parts ou actions constitue, dans certains cas, un avantage facilitant la transmission de l'entreprise¹⁸¹. Cependant, cela montre que l'utilité de la notion d'apport n'apparaît que lorsqu'il y a une pluralité de personnes. De surcroît, il ne paraît pas possible de transposer la règle propre aux sociétés pluripersonnelles selon laquelle il faut que tous les apports soient fictifs pour

¹⁷⁹ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 99, p. 99.

¹⁸⁰ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. 1986, chron., p. 249. – V. également, P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : D. 1985, chron., p. 187.

¹⁸¹ Ce n'est pas toujours un avantage, V. G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1256, p. 192 et s : « *Dans les sociétés familiales, la transmission des parts au décès multiplie, par le partage, le nombre des associés. La plupart des enfants ne trouvaient dans la succession paternelle que des droits sociaux dont ils ne pouvaient disposer et celui qui devenait gérant recueillait seul les avantages de la société* ».

entraîner la fictivité de la structure¹⁸². Il n'en est pas moins évident que la fictivité d'un apport doit entraîner des conséquences plus contraignantes lorsque c'est une seule et même personne qui a effectué tous les apports. Dans cette optique, la représentation des biens affectés à la société unipersonnelle par des parts sociales n'a pas de conséquences véritablement juridiques, puisque la fictivité ou la surévaluation d'un seul apport devrait normalement suffire pour d'entraîner la fictivité ou l'extension des procédures de redressement et de liquidation judiciaires au patrimoine personnel de l'associé unique.

52. Il importe de préciser que l'associé unique est autorisé à effectuer un apport en industrie à condition toutefois que les statuts le prévoient¹⁸³. Cependant, l'associé unique ne peut pas se limiter à un apport en industrie puisque cette catégorie d'apport ne participe pas à la formation du capital social¹⁸⁴. Il existe donc, dans ce cas, une spécificité par rapport au droit commun puisque la qualité d'associé ne peut pas être attribuée uniquement en raison d'un apport en industrie. Toutefois, il convient de remarquer que cette spécificité reste théorique depuis l'absence d'un capital minimum dans la SARL et la SAS¹⁸⁵. Il suffit que l'associé unique apporte un euro et le reste comme apport en industrie.

Cette situation permet, par ailleurs, de souligner la faiblesse de la structure de la société unipersonnelle, puisque c'est l'associé unique qui peut fixer arbitrairement les droits sociaux en contrepartie des apports. Plus clairement, selon l'article 1844-1 du Code civil, la part due à l'apporteur en industrie dans les résultats peut être déterminée dans les statuts¹⁸⁶. Cependant, en raison de la position dominante de

¹⁸² *Supra* n° 45.

¹⁸³ Sur la notion d'apport en industrie V. L. NURIT-PONTIER, « *Repenser les apports en industrie* » : Petites affiches 3 juillet 2002, n° 132, p. 4 : selon qui l'apport en industrie devrait comme l'apport en jouissance, être intégré au capital dès le jour de l'engagement d'apport, en fonction de la valeur globale apportée à la société pendant la durée de l'apport. – Il convient de noter que la possibilité de faire un apport en industrie ne s'applique pas aux SUIR. L'actif de la SUIR sera exclusivement composé d'actions ou de parts sociales qui auront été souscrites lors de la constitution de la société cible ou à l'occasion d'une augmentation de son capital. Aussi les souscriptions réalisées par la SUIR ne peuvent revêtir la forme d'apports en nature : V. « *Société unipersonnelle d'investissement à risque. Loi de finances pour 2004, art. 91* », JCP E 2004, n° 201, p. 221.

¹⁸⁴ B. SAINTOURENS, « *Les décrets d'application pour le droit des sociétés de la loi de modernisation de l'économie* » : Rev. sociétés 2009, p. 239.

¹⁸⁵ Les statistiques révèlent qu'en 2003, sur 125 747 créations de SARL, 3 068 sociétés disposaient d'un capital inférieur à dix euros : Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 178, p. 208. – Cependant, A. CONSTANTIN, « *Droit des sociétés* », Dalloz, 4^e éd., 2010, p. 30 : la suppression de l'exigence d'un capital minimum pour certaines sociétés conduit à permettre la création d'une société sans apport ; V. Ibid, p. 33 : créer une société destinée à structurer une entreprise, avec un capital insignifiant, peut s'avérer dangereux et conduire les fondateurs et les dirigeants à engager leur responsabilité pour faute de gestion et à combler l'insuffisance d'actif.

¹⁸⁶ Selon l'article 1844-1 al. 1 du Code civil « *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a pas apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire* ».

l'associé unique, les tiers auront du mal à vérifier la réalité des prestations fournies par celui-ci. Le risque d'un apport en industrie surévalué n'est donc pas loin¹⁸⁷ et plus probable qu'en matière d'apports en nature. En outre, l'apport en industrie peut être utilisé pour augmenter la rémunération de l'associé unique-gérant¹⁸⁸.

En tout état de cause, ce qu'il faut retenir est que la représentation du capital de la société unipersonnelle par des parts sociales ou actions présente un caractère artificiel, puisque cette division relève des pouvoirs arbitraires de l'associé unique qui est, en plus, le seul à avoir un droit sur les bénéfices sociaux.

Ainsi, on peut affirmer que la notion d'apport est remplacée par celle d'affectation des biens. D'une part, rien n'interdit l'associé unique de ne faire qu'un seul apport à la société unipersonnelle et de le représenter par une seule part sociale ce qui démontre que la notion d'apport n'a d'utilité qu'en présence d'une pluralité d'associés. D'autre part, la qualité d'associé unique dépend d'une affectation des biens en numéraire ou en nature. En effet, l'associé unique, au moins sur le plan juridique, ne peut pas se limiter à affecter un apport en industrie à la société unipersonnelle.

Dans ces conditions, on serait tenté de retenir la qualification d'apport indépendamment de l'existence d'une pluralité d'apporteurs. Cependant, l'insuffisance de la notion d'affectation n'incite pas à aller dans cette voie. Il nous incombe donc d'expliquer l'insuffisance de la notion d'apport liée à l'affectation des biens pour mesurer les conséquences de sa transposition à l'acte unilatéral d'apport.

B. L'insuffisance de la notion d'apport liée à l'affectation

53. Selon H. BLAISE, en matière d'entreprise individuelle, on ne pourrait parler véritablement d'apport de la part de l'entrepreneur que si celui-ci avait la possibilité de créer un patrimoine d'affectation sur lequel les créanciers qui auraient traité avec lui dans l'intérêt de l'entreprise auraient un droit de préférence par rapport aux créanciers ayant contracté pour un autre motif¹⁸⁹. Cette conception est, en réalité, confortée par le fait que la plupart des sociétés ont la personnalité morale, de sorte que l'affectation des biens apparaît beaucoup plus précise en matière de société qu'en matière d'entreprise individuelle¹⁹⁰. Selon cet auteur, pour que l'apport ait une signification réelle, il faut qu'il s'accompagne d'un changement d'affectation, non seulement économique mais aussi juridique, du bien qui en est l'objet¹⁹¹.

¹⁸⁷ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd. 2009, n° 229, p. 145 ; V. également Ibid., n° 234, p. 148 : l'apport en industrie est successive, et non immédiate, ce qui suggère une appréciation plus difficile de l'effet de la fictivité de l'apport sur la validité de la société.

¹⁸⁸ Lorsque l'associé unique n'est pas gérant, l'apport en industrie peut être un moyen de gérer indirectement la société.

¹⁸⁹ H. BLAISE, « *L'apport en société* », thèse, Sirey, 1955, n° 2, p. 2.

¹⁹⁰ H. BLAISE, « *L'apport en société* », thèse, Sirey, 1955, n° 2, p. 2.

¹⁹¹ H. BLAISE, « *L'apport en société* », thèse, Sirey, 1955, n° 2, p. 3.

54. Toutefois, cette conception ne paraît pas admissible pour deux raisons. D'une part, la notion d'apport est indépendante de celle de patrimoine d'affectation ou de personne morale (1°). D'autre part, l'affectation de biens est insuffisante pour entraîner la qualification d'apport (2°).

1° La notion d'apport est indépendante de celle de patrimoine d'affectation ou de personne morale

55. La notion d'apport n'est pas toujours subordonnée à l'idée de création d'un patrimoine d'affectation ou d'une personne morale. Ainsi, le cas des sociétés sans personnalité morale est déterminant pour expliquer le contenu de la notion d'apport. Plus précisément, la notion d'apport n'est pas exclue dans certaines sociétés malgré l'absence de personnalité morale et, par voie de conséquence, l'absence d'un patrimoine autonome et même de tout capital social.

Il importe, cependant, de préciser que la doctrine paraît adopter une position ambiguë concernant la notion d'apport, surtout s'agissant des sociétés en participation et des sociétés dont l'organisation ne confère pas une responsabilité limitée aux associés. En effet, les auteurs sont unanimes pour admettre que chaque participant, comme dans toutes les sociétés, doit faire un apport. Cependant, le fait de lier la notion d'apport à la transmission de propriété oblige la doctrine à choisir entre deux solutions. Ou bien on constate que même si, dans l'ordre externe, il n'existe pas de patrimoine opposable aux tiers, dans l'ordre interne en revanche, c'est-à-dire dans les rapports entre associés, la société est titulaire d'un patrimoine¹⁹². Dans ce sens, l'apport à la société en participation est translatif de propriété¹⁹³. Ou bien on évoque l'idée d'apport « en creux » en matière des sociétés à responsabilité illimitée¹⁹⁴ et, plus particulièrement, en l'absence d'un transfert de propriété¹⁹⁵ à la société en participation, la doctrine préfère parler d'un apport d'une nature

¹⁹² A l'égard des tiers, la propriété des biens peut être organisée selon trois modalités 1° chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société 2° la propriété d'un bien peut être rattachée à la personne d'un associé, le plus souvent le gérant 3° les associés peuvent convenir de mettre en indivision certains biens. Certains biens sont réputés indivis par la loi...dans les rapports avec les tiers, ces biens sont soumis aux règles de gestion de l'indivision, légale ou conventionnelle.

¹⁹³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 1241, p. 635 : « même si la propriété sociale n'est pas opposable aux tiers, l'apport à la société en participation est, dans les rapports entre associés, translatif de propriété ».

¹⁹⁴ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n°1384, p. 885 : dans les sociétés à responsabilité illimitée, l'obligation au passif social entraîne des conséquences sur le régime des apports, dont ni le montant minimum, ni la date de libération, ne sont fixés par la loi. Bien que l'on parle parfois d'apport « en creux », le fait de garantir le passif social ne semble pas avoir la nature d'un apport – sauf à donner à ce terme un sens bien éloigné de celui qu'il suggère.

¹⁹⁵ Dans la pratique ou bien les associés restent seuls propriétaires des biens mise à la disposition de la société, ou bien les associés conviennent de mettre ces biens en indivision ou bien les associés transfèrent les biens au gérant de la société.

particulière ou même de « mise » à disposition plutôt que d'apport. Cette doctrine laisse entendre, au moins implicitement, l'absence d'un véritable apport au sens juridique du terme¹⁹⁶.

Pourtant, les biens ou la prestation mis à la disposition d'une société en participation constituent bien des apports. En effet, pour qu'il y ait apport, il suffit que l'acte d'apport fasse naître une obligation de mettre le bien à la disposition de la société¹⁹⁷. Certes, lorsque la société est soumise à immatriculation, l'intervention de

¹⁹⁶ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., Economica 2003, n° 98, p. 98 : l'apport consiste à « *mettre quelque chose en commun* ». La formule est imprécise, mais implique que l'apport réalise une transmission. La propriété d'un bien ou la jouissance de celui-ci est transmise à la société, ou encore une prestation lui est promise ; V. également *Ibid.*, n° 517, p. 570 : la société en participation n'a pas la personnalité morale et donc pas de patrimoine, les apports ne sont jamais translatifs de propriété (C. civ. Art. 1872). On considère seulement que le gérant en a la jouissance. Par conséquent, le mot « *apport* » a ici la même signification que dans le droit des régimes matrimoniaux où l'on considère que les époux apportent la jouissance de leurs biens propres à la communauté alors que celle-ci n'a pas la personnalité morale. Il s'agit plus d'une mise à la disposition du gérant que d'un apport. Donc à la dissolution de la société, la jouissance du bien est de plein droit reprise par l'associé qui l'avait apporté car il n'en avait jamais perdu la propriété – Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 603, p. 769 : comme dans toute société, chaque participant doit, même si la société en participation n'a pas de capital social, faire un apport. Lorsqu'il s'agit d'un apport en numéraire, les sommes correspondantes sont mises à la disposition du gérant pour les besoins de la société. Quand un apport en nature est réalisé, le bien apporté ne peut être la propriété de la société, puisque celle-ci n'a pas de personnalité morale et donc pas de patrimoine. Il vaudrait d'ailleurs mieux parler de mise à disposition (« *mise* ») que d'apport. – sur la dissidence du droit fiscal, V. P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 1447, p. 926 : la société en participation peut être considérée comme une entité propre pour le calcul des bénéfices que les associés tirent de son activité (article 8, 2° du CGI). La société en participation se voit même reconnaître une personnalité fiscale. La cession des parts de la société en participation est assimilée à la cession des parts des sociétés personnalisées. – V. également CA Paris 6 février 2003 : RJF 8/9-2003, n° 994 ; RTD com., 2003, p. 836, obs. F. DEBOISSY : l'apport en plein propriété d'un immeuble, par un particulier, à une société en participation est une cession à titre onéreux entraînant l'application du régime des plus-values immobilières des particuliers.

¹⁹⁷ V. A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ n° 231 et s. – En ce sens, J. GUYÉNOT, « *Régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les art. 1871 à 1873 du Code civil* » : Gaz. Pal. 1979, p. 620 : « *pour que la société soit régulièrement constituée, il n'est cependant pas indispensable que l'apport convenu soit effectivement réalisé. Il suffit un engagement d'effectuer un apport ait été pris par chaque associé. Mais l'associé qui ne répond pas à l'appel convenu de l'apport peut être contraint de l'effectuer par décision de justice à la demande du gérant. L'art. 1843-3 postule cette procédure, en décidant que chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'apporter. Si l'associé manque à son obligation de mettre le bien à la disposition de la société, ses coassociés peuvent lui demander des dommages-intérêts* ». – D. GIBIRILA, « *Constitution de la société : apports* » : Juris-Classeur, 2000, art. 1832 à 1844-17, Fasc. 11, n° 3 : il résulte de l'article 1843-3 que « *une simple promesse d'apport suffit à faire acquérir la qualité d'associé* ». – J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 237 : dans la même ligne d'A. VIANDIER, ces auteurs admettent que non seulement les textes de la loi (l'article 1843-3 du Code civil) mais également la jurisprudence confirme que la simple promesse d'apport suffit à faire acquérir la qualité d'associé. « *D'une part, les juges reconnaissent le caractère successif de l'apport en industrie (Cass. civ., 14 juin 1865 : DP 1866, I, p. 132. – CA Caen, 26 juin 1912 : DP 1914, II, p. 161), et donc que la qualité d'apporteur est indépendante de la libération de l'apport, l'apporteur en industrie étant associé dès son entrée dans la société, même si la libération de son apport est étalée dans le temps. D'autre part, la jurisprudence a admis qu'un apport en nature puisse être*

celle-ci a pour effet de transférer la créance d'apport à la société, de sorte que l'associé deviendra, dans ce cas, débiteur de la société et non plus des associés. Il reste cependant que le transfert de propriété ne s'impose pas en raison de la notion même d'apport, mais en raison de la personnalité morale qui a pour effet de donner l'exclusivité de la créance d'apport puis de la propriété de l'apport à la société¹⁹⁸. Ainsi, par l'effet de la transmission à la société, l'apport peut remplir son rôle de garantie au profit des créanciers sociaux, mais la créance d'apport est déjà née et l'opération juridique d'apport déjà réalisée.

De même, la notion d'apport est indépendante de celle de patrimoine d'affectation, dans la mesure où il ne paraît pas impossible, bien que cela soit discutable, de constituer une société-personne morale sans capital. Tel serait le cas, notamment, si tous les associés d'une société en non collectif faisaient uniquement des apports en industrie¹⁹⁹.

56. À l'aune de ce qui vient d'être dit, on peut affirmer que l'acte unilatéral d'apport présente une spécificité par rapport au droit commun des sociétés pluripersonnelles. En droit commun, la promesse d'apporter confère la qualité d'associé parce que l'associé est lié par son engagement de réaliser l'apport à l'égard de ses coassociés. Pour qu'il y ait associé, il faut mais il suffit qu'il existe une obligation de mettre le bien ou l'industrie à la disposition de la société, ce qui suppose une pluralité d'apporteurs.

effectué après le début d'activité d'une société créée de fait (Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1965 : D. 1966, somm., p. 70) ».

¹⁹⁸ Un arrêt ancien avait lié la nécessité d'apport non pas au concept de société mais à la personnalité morale (Req. 11 mai 1857 : D. 1857. 1. 303). Dans ce cas, les apports ne seraient pas un élément nécessaire du contrat de société. Cependant cet arrêt, remarque M. BLAISE, n'a guère eu en doctrine qu'un écho très limité. La jurisprudence à son tour considère maintenant que l'existence d'une société en participation suppose la mise en commun d'apports : H. BLAISE, « *Apports* », Rép. sociétés, Dalloz 1990, n° 7 et s.

¹⁹⁹ V. Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Société*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 245, p. 255 : selon Y. GUYON, certes l'article L. 210-2 du Code de commerce exige que les statuts indiquent le montant du capital social. Mais cette condition n'est-elle pas remplie si les statuts mentionnent que ce montant est égal à 0 ? Néanmoins pour éviter des difficultés, il semble plus simple de prévoir un capital, quitte à ce que son montant soit symbolique. – V. en ce sens, P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 230, p. 146 : pour ces auteurs, si dans les SARL, les SAS et les commandite (puisque les commanditaires ne peuvent pas effectuer un tel apport pour ne pas laisser croire aux tiers que les commanditaires gèrent la société) ne peuvent se constituer uniquement d'apports en industrie, les sociétés à responsabilité illimitée peuvent être constituées uniquement par des apports en industrie. – En sens contraire, G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-12, p. 9 : il n'y a pas de société s'il n'y a pas d'apports et l'un au moins de ces apports doit être un apport en capital, afin de constituer un patrimoine social. A ce titre ne constitue pas une société, en principe, une collaboration entre deux personnes qui créent une œuvre par leur travail commun. L'œuvre créée en collaboration est la copropriété de deux auteurs ; mais elle est soumise à un régime d'indivision forcée. – Sur la spécificité de la société unipersonnelle V. Infra n° 53 : faute de pluralité d'associés, une société unipersonnelle ne peut pas être constituée uniquement par des apports en industrie.

En revanche, dans une société unipersonnelle, faute d'une pluralité d'associés, seule l'immatriculation permet de faire naître une obligation d'apporter et non l'acte unilatéral d'apport. En effet, l'associé unique peut valablement renoncer à son projet avant l'immatriculation et, par voie de conséquence, l'acte unilatéral d'apport apparaît comme un acte potestatif. Dans cette optique, si la notion d'apport suppose une affectation non seulement économique mais également juridique, le caractère potestatif de l'acte unilatéral d'apport a pour conséquence que celui-ci, à lui seul, ne permet pas de caractériser cette affectation juridique. Plus clairement, dans la société unipersonnelle, l'obligation d'affectation des biens dépend non de l'existence d'une pluralité de personnes mais de l'acquisition de la personnalité morale.

En revanche, quelle que soit l'analyse retenue, la notion d'affectation de biens est insuffisante pour entraîner la qualification d'apport, ce qui n'est pas sans conséquence sur l'acte unilatéral d'apport comme élément de qualification.

2° L'insuffisance de l'affectation comme élément de qualification d'un acte d'apport en société

57. L'affectation de biens peut se rencontrer sans que pour autant se rencontre nécessairement la qualification d'apport²⁰⁰. Comme le relève en effet H. BLAISE, une notion extrêmement vaste de la notion d'apport, englobant tous ceux qui à un titre quelconque participent plus ou moins étroitement à la vie de l'entreprise, n'est pas admise²⁰¹. Dans une telle conception large, les créanciers qui ont fourni des capitaux ou des marchandises, les travailleurs manuels ou intellectuels dont l'activité se dépense au profit de la société seraient des apporteurs au même titre que les associés proprement dits. L'apport est étroitement lié à la notion d'associé et suppose l'attribution de droits sociaux²⁰² : il constitue dès lors, sur le plan juridique, une opération de nature particulière²⁰³. Aussi, à la différence du prêteur, l'associé, qui a une créance d'apport, n'est aucunement assuré d'être remboursé, car il est entièrement soumis aux aléas sociaux²⁰⁴.

²⁰⁰ Par exemple, la tontine est une convention par laquelle plusieurs personnes constituent en commun un capital destiné à être réparti entre les survivants à l'époque convenue, V. G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n°1056-12.

²⁰¹ H. BLAISE, « *L'apport en société* », thèse, Sirey, 1955, n° 2 : Selon M. BLAISE, une telle conception admissible *de lege ferenda*, peut-être même souhaitable sur le plan économique, ne correspond en aucune manière à notre droit positif.

²⁰² Il s'agit de droits politiques exercés collectivement dans les assemblées (droit à l'information, droit de vote), droits financiers (droit aux dividendes, droit aux réserves, droit au boni de liquidation) et droits patrimoniaux (droit de céder les actions, droit de nantir les actions, le droit de mettre les actions en location).

²⁰³ H. BLAISE, « *L'apport en société* », thèse, Sirey, 1955, n° 2, p. 4.

²⁰⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 961, p. 490 : « *Les apports en capital sont une forme d'emprunt pour la société, puisque les apporteurs, lors de la*

Il est donc acquis que l'affectation de biens ou de services ne suffit pas pour caractériser l'existence d'un apport puisque le concept d'apport est lié non seulement à la contreprestation fournie en rémunération de l'apport mais également à soumission aux aléas sociaux résultant de l'exercice en commun de l'activité. Quelle que soit la nature du bien remis à la société, il est permis de définir l'apport en société comme étant la mise en commun d'un bien moyennant l'attribution à l'apporteur de droits sociaux²⁰⁵. Cette définition, qui n'est guère contestée, permet donc, malgré la diversité qui peut exister entre les prestations fournies par les apporteurs, de conférer une unité fondamentale à la notion d'apport, puisqu'en tout état de cause, l'apporteur prend la qualité d'associé et se voit conférer les droits et prérogatives attachés à cette qualité²⁰⁶. Cette définition de l'apport en société n'est pas sans incidence sur son rôle de qualification.

En effet, dans la société contrat, l'affectation de biens à une entreprise commune en vue de l'attribution des droits sociaux constitue un élément de qualification puisqu'il permet une distinction entre le contrat de société et d'autres contrats, et aussi entre la qualité d'associé et les autres participants à la vie de l'entreprise. En revanche, dans la société unipersonnelle, cette affectation de biens à une entreprise individuelle doit, pour constituer un élément de qualification, jouer, essentiellement, un rôle de distinction entre la société unipersonnelle et l'entreprise individuelle. Or l'affectation des biens à une entreprise individuelle exploitée sous forme de société unipersonnelle ne peut pas jouer ce rôle de distinction pour deux raisons.

D'une part, la loi du 15 juin 2010 créant l'EIRL permet à un entrepreneur individuel de procéder à une affectation patrimoniale d'une partie de ses biens à son activité professionnelle, cette affectation ayant pour objectif de garantir les dettes résultant de cette activité²⁰⁷. Une telle affectation ne constitue pourtant pas un élément de qualification d'une société.

liquidation de la société, pourront récupérer la valeur d'apport. Cependant, si l'associé a une créance d'apport, il n'est aucunement assuré d'être remboursé, car il est entièrement soumis aux aléas sociaux. En cela il est un prêteur d'une nature singulière ».

²⁰⁵ H. BLAISE, « L'apport en société », thèse, Sirey, 1955, n° 6, p. 13. - V. également, J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « Lamy sociétés commerciales », 2010, n° 242 : « les apports doivent être rémunérés par des droits sociaux, des parts sociales ou des actions, soumis aux aléas de la société. S'il n'y a pas remise de droits sociaux, on ne peut parler d'apports ».

²⁰⁶ H. BLAISE, « L'apport en société », thèse, Sirey, 1955, n° 6, p. 13.

²⁰⁷ V. à propos de l'EIRL : P. SERLOOTEN, « Brèves observations (et interrogations) sur le projet de création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée » : Dr. fiscal, n° 11, 18 mars 2010, p. 225 : lorsque le patrimoine d'affectation existe déjà fiscalement, il y aurait aucun mouvement d'affectation d'un patrimoine à un autre susceptible de générer une plus-value. Cependant, l'EIRL étant fiscalement assimilée à une EURL, la déclaration d'affectation constitue fiscalement un apport en société. L'affectation constitue donc une plus-value égale à la différence entre la valeur vénale des éléments d'actif au jour de la déclaration et leur valeur au bilan.

D'autre part, dans la société unipersonnelle comme dans l'entreprise individuelle, la contrepartie de l'affectation de biens ou de services à l'entreprise individuelle revient à la personne de l'affectant, entrepreneur ou associé unique. Il existe certes, dans la société unipersonnelle, une organisation de la perception des bénéfices, mais il ne semble pas qu'il s'agisse d'un élément de qualification. En effet, l'expression et la notion de droits sociaux supposent aussi une pluralité d'apporteurs et il est artificiel et même absurde de parler de droits sociaux en présence d'un associé unique. En outre, l'entrepreneur individuel peut librement décider d'organiser la perception des bénéfices de son entreprise de la même façon qu'en droit des sociétés, sans que cela puisse entraîner la qualification sociale. Il s'agit, en réalité, d'une organisation purement comptable apportant une meilleure gestion patrimoniale à son entreprise individuelle mais rien de plus.

58. Conclusion de la section 1. Pour qualifier une société, il ne suffit pas de dire que la société est une technique d'organisation de l'entreprise. Il s'agit d'une affirmation banale qui n'est, sans doute, pas fausse, mais insuffisante puisqu'elle ne donne aucun élément de réponse pour qualifier la technique en question²⁰⁸. Plus clairement, si la société est la meilleure technique d'organisation de l'entreprise, elle n'est pas la seule. Non seulement le fonds de commerce mais également l'association constituent bien des techniques d'organisation de l'entreprise²⁰⁹. Il faudrait donc, de toute évidence, déterminer les critères de distinction entre la société et les autres techniques d'organisation de l'entreprise pour la qualifier. Plus clairement encore, si la société unipersonnelle est une technique d'organisation de l'entreprise individuelle, il faut déterminer les critères de distinction entre la société unipersonnelle et l'entreprise individuelle dont la responsabilité est illimitée ou exploitée sous forme d'EURL. Si plusieurs techniques supposent une affectation des biens, non seulement économique mais également juridique, à une entreprise pour rendre possible l'accomplissement du but lucratif de l'institution, c'est donc dans les éléments intentionnels ou subjectifs de qualification qu'il est indispensable de chercher les éléments de réponse.

²⁰⁸ P. SERLOOTEN, « *L'intérêt pratique de l'EURL : une structure à géométrie variable* » : Bull. joly 1994, § 321, p. 1173 : « *L'EURL est une technique offerte par le législateur moderne pour fournir une structure juridique de l'entreprise. Comme toute technique, elle est neutre. Le résultat obtenu sera fonction des résultats recherchés* ».

²⁰⁹ E. ALFANDARI, « *Le patrimoine de l'entreprise associative* », Mélanges J. DERRUPPÉ, GLN-Joly-Litec, éd., 1991, p. 265 : il est peu de personnes qui contestent aujourd'hui que l'association, comme la société, est une technique d'organisation de l'entreprise. Peu importe que cela soit dû à une extension considérable du champ économique, ou à ce que certains ont appelé une *dérive* de la notion même de l'association.

Section 2. L'absence des éléments intentionnels de qualification d'une société dans l'acte unilatéral

59. La constitution d'une société correspond à la conclusion d'un contrat spécial, le contrat de société. Sous cette optique, les parties qui souhaitent conclure le contrat choisissent d'endosser ainsi un « vêtement sur mesure » caractérisé par des droits et obligations précis. Les conditions pour pouvoir s'en prévaloir sont de respecter les conditions de qualification d'un tel contrat²¹⁰. S'il est admis qu'une qualification donnée comprend normalement un certain nombre d'éléments objectifs et subjectifs²¹¹, il y a lieu de préciser que dans la mesure où le rôle des éléments subjectifs est primordial, le choix de la qualification en dépend étroitement²¹². Pour déterminer à quelle espèce appartient un acte juridique déterminé, il est donc nécessaire de pousser les investigations au-delà du simple et net élément « volonté »²¹³.

60. Ainsi, dans le sujet qui nous intéresse, l'étude de l'élément matériel a montré que la qualification de l'acte de société dépend étroitement des éléments subjectifs²¹⁴. Dans ce domaine, il est acquis que deux éléments intentionnels sont exigés, cumulativement, pour que l'acte soit qualifié d'acte de société. Le premier résulte de la lettre même de l'article 1832 du Code civil qui précise la cause de l'obligation de l'associé : l'intention de participer aux résultats sociaux. Le second, bien qu'il ne soit exigé, expressément, par aucun texte, est imposé par la jurisprudence : l'intention de participer aux activités sociales qui apparaît sous le nom d'*affectio societatis*.

61. Bien que ces éléments constituent surtout des éléments de qualification de l'acte de société, il n'est pas concevable de les transposer à l'acte unilatéral. D'une part, l'intention de participer aux résultats sociaux (bénéfices ou pertes), qui permet de distinguer l'acte de société d'autres contrats ou d'autres groupements, perd toute signification lorsqu'il n'y a plus de pluralité d'associés. D'autre part, l'*affectio societatis*, qui permet aussi de déterminer l'existence réelle d'une société, est totalement absente. Ainsi, selon B. PETIT, l'élément psychologique de la société qui

²¹⁰ S. SCHILLER, « Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés Les connexions radicales », LGDJ., 2002, Préface F. TERRÉ, n° 123, p. 67.

²¹¹ F. TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur la qualification », LGDJ., 1956, n° 200, p. 186 : l'expression vague d'éléments subjectifs, synonyme d'éléments intellectuels, n'est qu'un vocal générique, comprenant tout aussi bien la volonté interne, la connaissance, le consentement, l'intention, les motifs ou les mobiles. Chacun de ces éléments exerce un rôle en tant que support de la qualification.

²¹² F. TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur la qualification », LGDJ., 1956, n° 213, p. 198.

²¹³ F. TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur la qualification », LGDJ., 1956, n° 213, p. 199.

²¹⁴ F. TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur la qualification », LGDJ., 1956, n° 231, p. 216 : une qualification donnée comprend normalement un certain nombre d'éléments subjectifs.

réside, de manière générale, dans une volonté de collaboration ne peut à l'évidence être exigée lorsque la société compte un seul associé²¹⁵.

Par voie de conséquence, l'absence des éléments intentionnels nécessaires à la qualification d'un acte de société postule l'absence d'une qualification sociale de l'acte unilatéral²¹⁶. La notion de société unipersonnelle n'est alors qu'une appellation légale, dont convient de déterminer la véritable qualification.

Nous envisageons, tout d'abord, la non-transposition de la cause de l'acte de société (l'intention de participer aux résultats sociaux) à l'acte unilatéral (§1) avant d'envisager la non-transposition de l'*affectio societatis* à la société unipersonnelle (§2).

§1. La non-transposition de la cause de l'acte de société à l'acte unilatéral

62. L'obligation résultant d'un acte juridique est toujours une obligation voulue. Mais la volonté suffit-elle à créer cette obligation ? Le droit français répond par la négative, refusant par là-même de consacrer l'acte abstrait²¹⁷. Plus clairement, la volonté doit exister, elle doit se manifester, c'est-à-dire être déclarée, et au surplus elle doit être saine. Ce sont là trois conditions qui vont d'elles-mêmes²¹⁸. En revanche, un élément justificatif de la force obligatoire attaché à l'accord des volontés est nécessaire et cet élément, c'est justement la cause²¹⁹. La nécessité de la cause pour tout acte juridique n'est donc pas contestée²²⁰.

63. En droit civil, l'examen de la cause d'un acte juridique conduit à envisager soit l'existence soit la licéité de celle-ci. C'est au Doyen MAURY que revient le mérite d'avoir montré que la notion de cause joue un double rôle selon les intérêts qu'elle doit protéger²²¹. Elle est, d'une part, nécessaire à l'existence de l'obligation et, de ce point de vue, elle remplit un rôle de protection individuelle. La cause est, d'autre part, un moyen d'appréciation de la licéité de l'acte juridique et elle remplit alors une

²¹⁵ B. PETIT, « *Droit des sociétés* », Litec, 5^e éd., 2010, n° 31, p. 23.

²¹⁶ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 162, p. 154 : la qualification juridique d'une relation humaine dépend de la volonté réelle des parties. Les juges du fond dotés d'un pouvoir souverain de qualification, ne s'arrêtent point à ce qui a été déclaré par les parties, mais doivent s'attacher à leur intention afin de pouvoir qualifier juridiquement leur rapport de droit. Cette opération, étant une question de droit, s'effectue sous le contrôle vigilant de la Cour de cassation. – F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur la qualification* », LGDJ., 1956, n° 196, p. 183 et s.

²¹⁷ A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, n° 245 et s.

²¹⁸ A. RIEG, op. cit., n° 245, p. 251.

²¹⁹ A. RIEG, op. cit., n° 248 et s.

²²⁰ V. J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », Sirey, 1951, Préface P. RAYNAUD, n° 238, p. 224 : « la cause est le principe justificatif de toute activité juridique et si on l'admet pour le contrat, il serait singulier de la repousser pour les autres actes juridiques ».

²²¹ J. MAURY, « *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français* », thèse, Toulouse 1920, p. 231 et 256.

fonction de protection sociale contre l'autonomie de la volonté. A ces deux rôles correspondent deux notions différentes de cause²²². Mais la cause joue aussi un rôle de catégorisation et de qualification de l'acte juridique²²³. Dans l'acte de société, la cause consiste dans l'intention de participer aux résultants sociaux et constitue un élément nécessaire de qualification²²⁴. Nous traiterons d'abord de la notion de cause du contrat de société (A) avant de montrer l'absence de valeur qualificative d'une société dans la cause de l'acte unilatéral (B).

A. La notion de cause du contrat de société

64. Le terme de cause revêt un double sens puisqu'il est compris comme désignant tant la cause de contrat ou de l'acte juridique que la cause de l'obligation de chaque partie. Sur ce point, il convient de préciser que la cause du contrat de société est le résultat des obligations qu'il contient. De plus, d'après l'analyse dualiste qu'en retient, en général, la doctrine contractuelle, la cause de l'acte de société doit s'entendre de la cause de l'obligation de chaque associé, résidant à la fois dans la réalisation de l'objet social et dans l'exécution de la prestation promise par les autres associés.

En revanche, selon H. CAPITANT, « *parmi les contrats synallagmatiques, il faut du point de vue de la cause, distinguer encore ceux dans lesquels chacun a en vue un but égoïste, distinct de celui que vise l'autre, et ceux qui sont caractérisés par la poursuite d'un même but que se proposent tous les contractants* »²²⁵. Telle est la société qui consiste à

²²² A. RIEG, op. cit., n° 262, p. 263

²²³ Sur la cause comme élément de qualification de l'acte juridique V. N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 149, p. 146 : c'est la cause but qui nous sert de critère pour déterminer la nature juridique d'une activité. – J. HAUSER, « *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique* », LGDJ., 1971, Préface P. RAYNAUD, n° 154 et s. – P. HEBRAUD, « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* » : Mélanges J. MAURY, t. II, P.U.A.M., 1979, p. 1. – F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ., 1956, n° 274 : une qualification type implique une cause type. Si la cause sert d'instrument de catégorisation, la disparition ou la modification de la cause normale se répercute sur le choix de la qualification. ; Ibid, n° 276 : à une qualification donnée correspond une cause donnée. Pour savoir quelle qualification attribuer à un acte juridique concret, il faut déterminer alors si la cause concrète correspond à la cause-type. – M. DEFOSSEZ, « *Réflexion sur l'emploi des motifs comme cause des obligations* » RTD civ., 1985, p. 521. – G. WICKER, « *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 99 : « *la constitution d'un acte juridique suppose en effet que la volonté individuelle agisse en considération des données de fait et de droit, et afin d'atteindre tel but particulier* » ; Ibid, n° 107, p. 106 : la qualification d'acte juridique s'appuie non sur la volonté, mais sur la cause, et cette notion n'implique pas que l'acte juridique ait sa source dans une manifestation de volonté.

²²⁴ V. L. BOYER, « *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif* », thèse, Toulouse, éd., Sirey 1947, p. 213 : « *si la possibilité de faire des bénéfices fait défaut ou s'il résulte de l'accord réalisé que l'une des parties est exclue de la répartition des bénéfices, ou exonérée des pertes, le contrat se trouve dépourvu de cause* ».

²²⁵ H. CAPITANT, « *De la cause des obligations (contrat, engagements unilatéraux, legs.)* », Paris, Dalloz, 1923, n° 19, p. 41.

mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Selon H. CAPITANT, « Ici la cause qui détermine les participants à se grouper est plus complexe que dans les contrats à but égoïste. Ce n'est plus seulement d'obtenir l'exécution des engagements pris par chaque adhérent. On peut même dire que, en dehors des sociétés des personnes, cette préoccupation de chaque adhérent passe tout à fait au second plan. C'est avant tout et surtout de faire des bénéfices et de les partager, s'il s'agit d'une société... »²²⁶.

Plus clairement, selon J. HAMEL, il y a dans ce contrat une "volonté créatrice de richesse qui en fait l'originalité"²²⁷. Cette volonté d'enrichissement collectif constitue l'un des éléments de la cause de ce contrat²²⁸. La recherche de l'enrichissement collectif serait confiée au gouvernement majoritaire : ce dernier conduit les affaires malgré l'opposition ou l'indifférence de partie des actionnaires et il doit de ce fait déterminer si la société doit rechercher la maximisation du profit, l'enrichissement à court ou long terme, le gain risqué ou la sécurité²²⁹. Cependant, au delà de ces choix, il resterait constant, écrit D. SCHMIDT, que chaque associé attend retirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel²³⁰. L'essence même du contrat de société est la participation aux résultats de l'exploitation²³¹. Cette participation a un effet de qualification et joue essentiellement un rôle de distinction avec d'autres groupements²³². La Cour de cassation avait même précisé ce qu'il fallait entendre par la notion de bénéfice, dans son célèbre arrêt Caisse rurale de la commune de Manigod. Il s'agit « d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajoute à la fortune des associés »²³³. Les gains doivent ajouter à la fortune des associés, ce qui est caractéristique de la société, puisque les membres d'une association ne peuvent jamais se partager ses bénéfices²³⁴.

²²⁶ Idem., « ...de défendre les intérêts collectifs de la profession, s'il s'agit d'un syndicat professionnel, de défendre un intérêt commun des adhérents, s'il s'agit d'une association ou de créer une œuvre d'utilité générale, s'il s'agit d'une autre association. C'est là le but qui détermine chaque contractant à entrer en société ou dans l'association ; il est commun à tous les participants ».

²²⁷ J. HAMEL, « Quelques réflexions sur le contrat de société », in Mélanges J. DABIN, 1963, p. 652.

²²⁸ J.-C. MAY, « La société : contrat ou institution ? », in Contrat ou institution : un enjeu de société, p. 133.

²²⁹ D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés » : JCP E 1994, n° 404, p. 535.

²³⁰ D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés » : JCP E 1994, n° 404, p. 535.

²³¹ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « Lamy société commerciales », 2010, n° 315.

²³² V. P. LE CANNU, « Droit des sociétés », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 256, p. 163. – Sur la notion de bénéfice V. D. COCHET, « Le droit au bénéfice des associés », thèse Paris 2, 2002.

²³³ Ch. Réunies, 11 mars 1914 : D. 1914, 1, p. 257, note SARRUT.

²³⁴ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « Droit commercial Sociétés commerciales », Dalloz, 14^e éd. 2010, n° 36 et 37, p. 61 et s : il n'est pas interdit aux associations de faire des actes de commerce et de réaliser des bénéfices. Ce qui est interdit aux associations est seulement de distribuer des bénéfices à ses membres (article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 ; art. 15 du décret du 16 août 1901). Plus précisément, lors de la dissolution du groupement, les associés se partagent les bénéfices de la société et le *boni* de liquidation. Si une association est dissoute, ses adhérents ne peuvent que reprendre leurs éventuels

65. La nécessité de cet élément est confirmée par deux articles du Code civil.

D'abord, l'article 1832, alinéa 1^{er} inclut dans la définition même du contrat de société le but de l'acte. L'alinéa 3 du même article complète cette vocation fondamentale des associés aux fruits de l'entreprise commune en précisant que « *les associés s'engagent à contribuer aux pertes* »²³⁵. La contribution aux pertes constitue, en effet, le corollaire, indispensable, sans lequel le concept même de bénéfice ou d'économie n'aurait aucun sens. Il ne saurait donc y avoir contrat de société (pluripersonnelle) sans une répartition entre tous les associés des bénéfices (ou de l'économie) et des pertes²³⁶.

Ensuite, l'article 1844-1, qui a un caractère d'ordre public, affirme le caractère non écrit des conventions qui donneraient à un associé la totalité des bénéfices ou qui excluraient totalement un associé du profit²³⁷. En réalité, le droit aux bénéfices (ou aux économies) est la cause de l'obligation de chaque associé. Il est précisément la contrepartie de l'apport que chaque associé s'engage à faire à la société. Ce droit constitue aussi l'intérêt que recherchent tous les associés dans la société²³⁸. Il est, dès lors, identique pour toutes les parties au contrat de société et détermine par là même la qualité d'associé. On comprend alors la sanction des actes consistant à priver un

apports, car l'actif restant doit être dévolu à une autre association poursuivant le même but que l'association dissoute ou à l'État.

²³⁵ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 40, p. 67 et s : « *La contribution aux pertes ne concerne que les rapports entre associés, et non le droit des poursuites des créanciers (obligation aux dettes)... Les pertes ne doivent pas être confondues avec les dettes. Si, après que toutes les dettes ont été payées, l'actif net représente que les deux tiers du capital, les pertes sont d'un tiers, alors que toutes les dettes envers les créanciers sociaux sont éteintes. L'obligation aux dettes concerne les rapports des associés avec les créanciers sociaux. Elle est fonction de la nature de la société et ne peut pas être modifiée statutairement. C'est ainsi que les associés en nom collectif ou les commandités des commandites simples ou par actions sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales ; mais celui qui est poursuivi pour le tout a un recours contre ses coassociés* ».

²³⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-23, p. 15 : « *l'apport que chaque associé fait à la société pluripersonnelle est réalisé "en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie que pourra en résulter"* ».

²³⁷ L'article 1844-1, alinéa 2 du Code civil interdit les clauses léonines disposant que « *la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites* ». Les clauses léonines ou d'exonération des pertes sont simplement réputées non écrites, le contrat de société subsiste donc malgré cette clause. – V. aussi l'article L. 235-1 du Code de commerce qui exclut expressément les clauses léonines des causes de nullité des SARL et des sociétés par actions.

²³⁸ V. G. WICKER, « *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 108 : dès lors qu'il est établi que la cause suffit à qualifier l'acte juridique, qu'elle en est l'élément fondateur, il faut logiquement admettre que la notion d'intérêt est comprise dans celle de cause. Aussi bien cette dernière affirmation ne saurait étonner en raison de l'étroite correspondance qui existe entre les deux notions ; Ibid, n° 109 : c'est à partir de la notion d'intérêt que doivent être appréciés tant la participation du sujet à l'acte que sa situation dans l'acte. Cette notion d'intérêt est liée à celle de la cause, laquelle constitue le critère catégoriel de l'acte juridique.

associé de son droit aux bénéfices. Le contrat de société est, avant tout, un contrat de partage, écrit D. SCHMIDT²³⁹.

66. Cela étant, le partage des résultats sociaux, bénéfices ou pertes, ne constitue pas à lui seul, un élément causal suffisant pour qualifier l'existence d'une société²⁴⁰. La doctrine est unanime sur ce point et la solution est aujourd'hui confirmée par les nombreux contrats qui ont pour objectif une recherche de bénéfices bien qu'ils ne soient pas des sociétés²⁴¹. La Cour de cassation a du reste retenu, dès 1872, que si la présence de cet élément est essentielle au contrat de société, il peut figurer aussi bien, à titre accidentel, dans le contrat de prêt²⁴². De même, selon M. GERMAIN et V. MAGNIER, « *la participation aux bénéfices, qui est le critère traditionnel essentiel, ne révèle pas elle-même l'existence d'une société. Elle peut, en effet, être stipulée dans un autre contrat, notamment un contrat de prêt ou un contrat de travail. Il faut examiner si dans l'intention des parties, il y a eu volonté de constituer une société. Cette volonté est révélée en général par la nature du contrat, par la stipulation de participation aux pertes, et surtout par la participation de tous les intéressés à la vie sociale sur un plan d'égalité* »²⁴³.

67. Ce critère a cependant subi une évolution en droit positif. Dans sa rédaction initiale, que lui donnait la loi de 1804, l'article 1832 du Code civil définissait la société comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* ». Cette définition avait le mérite de la netteté puisque l'opposition était nette avec l'association. Selon l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, « *l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leur connaissance ou leur activité dans un but autre que le partage des bénéfices* ».

Cependant, la définition de la société, considérée comme trop restrictive, a été bouleversée par la loi du 4 janvier 1978 qui a élargi son domaine. La finalité de la société peut depuis ce texte consister aussi bien à partager les bénéfices qu'à profiter de l'économie. Il s'ensuit qu'actuellement, lorsque le groupement est constitué pour permettre à ses membres de réaliser des économies, il peut se constituer sous forme d'association ou de société. Quant à la doctrine, elle relève que cette dualité n'est pas

²³⁹ D. SCHMIDT, « *De l'intérêt social* » : JCP E 1995, n° 488, p. 361.

²⁴⁰ F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », Paris, éd. LGDJ, 1955, n° 294, p. 271 : cet élément de distinction reste en effet nécessaire, mais il n'est pas suffisant ; V. également, Ibid, n° 296 : l'absence de cet élément permet d'exclure le contrat de société, mais sa présence ne peut servir de critère. Il en est ainsi de la participation aux pertes.

²⁴¹ S. SCHILLER, « *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales* », LGDJ., 2002, Préface F. TERRÉ, n° 128, p. 69.

²⁴² Cass. Req., 8 janvier 1872 : D. P. 1872, 1, 195.

²⁴³ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-23, p. 16.

satisfaisante en raison de la différence entre les régimes juridiques de ces deux groupements²⁴⁴. En effet, quels que soient les points de rencontre entre société et association²⁴⁵, leur distinction s'impose puisqu'elle n'est pas purement intellectuelle²⁴⁶ mais emporte des conséquences à la fois juridiques et fiscales²⁴⁷. C'est la raison pour laquelle la doctrine exige même, parfois, une redéfinition de l'association²⁴⁸. Toutefois, dans la situation actuelle du droit positif, c'est au juge qu'il appartient, en cas de doute, d'analyser la nature juridique du groupement pour procéder à sa véritable qualification²⁴⁹.

68. En fin de compte, le Code civil, en précisant le but lucratif poursuivi par les contractants, indique également la cause finale de l'acte²⁵⁰. Celle-ci détermine, la spécialité légale de la société qui rejaillit sur le régime juridique de la société. En

²⁴⁴ V. Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 37 et 38, p. 62 et s. – V. également, G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 18^e éd., 2007, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-29, n° 1056-25 : l'élargissement de la finalité de la société au profit de l'économie a affaibli la spécialité légale de la société. En outre, un certain nombre de groupements ont été dotés par la loi d'un statut propre et même dénommés sociétés, sans souci de leur nature juridique réelle. Il est ainsi des sociétés de secours mutuels (L. 1^{er} avril 1878, ordonnance du 19 octobre 1945), des sociétés d'assurance mutuelle ou à forme mutuelle, des sociétés de construction ; des sociétés de crédit différé, des sociétés d'aménagement et d'établissement rural (D. 14 juin 1961), des sociétés d'intérêts collectif agricole (D. 5 août 1961). De la même façon, la terminologie juridique a été, et est restée, assez indécise. Le législateur emploie les mots société et association sans se soucier de leur sens : une association en participation est une société ; au contraire, une société de secours mutuels, une société de courses sont des associations. Les membres d'une société sont des associés ; les membres d'une association sont des sociétaires ! La confusion semble créée à plaisir.

²⁴⁵ Sur ce point V. E. ALFANDARI, « *Association et société : points de rencontre* » : Petites affiches 24 avril 1996, n° 50, p. 47.

²⁴⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd. 2009, par M. GERMAIN, n° 1056-25, p. 17 : si le régime juridique de tous les groupements était le même, l'intérêt de leur distinction serait purement intellectuel. Mais il n'en est pas ainsi en France, à la différence de certains pays étrangers. Selon ces auteurs, il est facile le plus souvent de reconnaître la nature du groupement à la forme juridique dont il use. Mais comme l'emploi de ces formes est laissé, sans contrôle préalable, à la disposition des intéressés, on ne peut s'y fier ; il peut y avoir erreur et même calcul de leur part, car ils peuvent être tentés de déguiser une association en société pour lui donner une capacité juridique plus complète. Il faut donc analyser la nature juridique du groupement pour la qualifier.

²⁴⁷ F. TERRÉ, « *La distinction de la société et de l'association en droit français* » : in Mélanges SECRÉTIN, 1964, p. 325. – R. BRICHET, « *La loi de 1901 : succès et dévoiement d'une alerte centenaire* » : Dr. sociétés juin 2001, chron. n° 12. – Sur l'intérêt de la distinction entre société et association V. Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 37, p. 62 et s : sur le plan juridique, il convient de mentionner que la responsabilité individuelle des membres de l'association ne peut pas être recherchée pour les engagements de la personne morale alors que la responsabilité des associés dépend du type de la société à laquelle ils appartiennent.

²⁴⁸ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n°38, p. 66. – V. également Colloque sur le monde associatif, 92^e Congrès des notaires de France, Deauville 1996 : Petites affiches 24 avril 1996.

²⁴⁹ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 38, p. 66.

²⁵⁰ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-23.

outre, la cause de l'acte de société joue non seulement un rôle de contrôle de certains actes pendant la vie de la société et en matière de dissolution, mais également un rôle de distinction avec d'autres groupements. Il en résulte que la cause de l'acte de société doit servir comme élément de qualification de la société²⁵¹.

Cependant, il n'a jamais été démontré que la cause de l'acte unilatéral pourra jouer un tel rôle. Il nous incombe alors de démontrer l'absence de valeur qualificative d'une société dans la cause de l'acte unilatéral.

B. L'absence de valeur qualificative d'une société dans la cause de l'acte unilatéral

69. Pour montrer l'absence d'une valeur qualificative d'une société dans la cause de l'acte unilatéral, il convient d'abord d'apporter certains éclaircissements sur la cause de l'acte unilatéral en général (1) avant d'envisager la particularité de la cause de l'acte unilatéral de société (2).

1° La cause de l'acte unilatéral

70. Refusant de consacrer l'acte abstrait, le droit français exige pour tout acte une cause. La transposition de la notion de cause à l'acte unilatéral ne devrait donc pas poser de problème. Cependant, si tous les auteurs sont favorables à l'application de la notion de cause à l'acte unilatéral, ils ne s'accordent pas tout à fait sur la portée exacte de sa transposition²⁵².

71. Le rôle de la cause dans l'acte unilatéral se présente de manière complexe et nuancée. En convergence avec le contrat, l'absence de motif illicite et immoral est

²⁵¹ V. N. MATHEY, « *La personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, 2001, n° 717, p. 337 : la spécialité légale impose à la personne morale sa finalité alors que la spécialité statutaire lui assigne son activité ; Ibid., n° 718, p. 337 : la spécialité légale conduit essentiellement à distinguer deux types de personnes morales. Il y aurait les personnes morales à finalité lucrative et celles à finalité non lucrative. Les actes contraires à la spécialité légale entraînent des sanctions 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'acte. La requalification, quant à elle, atteint la personne. Cette requalification peut entraîner une perte de la personnalité morale ; V. également Ibid., n° 160 et s., p. 5, spécialement, n° 167 : la spécialité exprime l'idée du but et non d'activité ; elle présente un caractère téléologique marqué alors que l'activité n'est pas finalisée ; V. également Ibid., n° 170 : 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 lucratif. 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. La spécialité légale de l'association est purement négative : elle ne doit pas distribuer les bénéfices qu'elle peut réaliser. Pour les sociétés, la spécialité légale ne réside pas uniquement dans la réalisation de bénéfices, mais dans leur partage. – sur la distinction entre but lucratif et activité lucrative, V. également, E. ALFANDARI et M. JEANTIN, sous Cass. soc., 27 juin 1990 : RTD com., 1990, p. 602.

²⁵² R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, Préface A. LYON-CAEN, n° 198, p. 179.

une condition nécessaire à la formation de l'acte. C'est une première condition négative, commune au contrat et à l'acte unilatéral, écrit R.-E. DE MUNAGORRI²⁵³.

72. Cependant, le rôle juridique de la cause est loin d'être semblable pour l'acte unilatéral et le contrat. En divergence avec le contrat, la cause doit non seulement exister, mais parfois plus encore, justifier la présence de l'acte lui-même²⁵⁴. Il importe dès lors de montrer comment la cause peut être transposée à l'acte unilatéral.

Les règles relatives à la cause, prévues par les articles 1131 et suivants du Code civil, sont certes posées par le législateur pour tout acte juridique. Mais la loi ne définit nullement la cause et c'est la jurisprudence qui a précisé les contours de cette notion qui a, en outre, donné lieu à de célèbres discussions doctrinales. Il est habituel, en effet, d'affirmer qu'il existe deux conceptions, subjective et objective, de la cause : dans sa conception subjective, la cause est le motif déterminant de l'acte ; dans sa conception objective, la cause se comprend comme celle de l'obligation de chaque partie au contrat. La cause de l'obligation est l'obtention d'une contrepartie objective. La cause est alors abstraite et objective, il s'agit d'une cause-type identique et invariable pour tous les actes juridiques d'un même genre. Il en résulte que la cause est indépendante du motif qui a pu déterminer l'auteur de l'acte.

Dans cet ordre d'idée, il importe de rappeler que la majorité des auteurs ne conçoivent la transposition de la cause à l'acte unilatéral que dans son acception concrète et subjective²⁵⁵. Ainsi, dans le même sillage du Doyen MAURY²⁵⁶, J. MARTIN DE LA MOUTTE énonce, sous la forme d'une évidence, que « *la cause dans l'acte unilatéral est le motif déterminant de l'auteur de l'acte* »²⁵⁷. En réalité, « *la conception objective de la cause est difficilement compatible avec l'acte unilatéral créateur d'obligation. Si l'engagement a une cause, c'est surtout sous sa conception moderne de la cause concrète et subjective. La solution doit d'ailleurs être approuvée : la cause de l'engagement doit rester étroitement liée à la teneur de la volonté exprimée par son auteur* »²⁵⁸. Lorsque l'acte ne crée pas d'obligations, on peut certes dire que l'acte unilatéral vise un but déterminé, abstrait et invariable pour chaque opération juridique. Mais la notion de cause perd

²⁵³ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral ...* », préc., n° 217, p. 192.

²⁵⁴ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral...* », préc., n° 217, p. 192.

²⁵⁵ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral...* », préc., n° 217, p. 193 : « *Si la transposition à l'acte unilatéral de la condition de cause reste possible c'est donc dans les marges de la notion elle-même. Difficilement transposable sous sa conception objective de contreprestation, la cause ne s'applique guère à l'acte unilatéral que sous l'aspect d'un motif déterminant* ».

²⁵⁶ J. MAURY, « *Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence* » : RIDC 1951, p. 485, spéc. p. 494.

²⁵⁷ J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *L'acte juridique unilatéral Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », Sirey, 1951, Préface P. RAYNAUD, n° 239, p. 225.

²⁵⁸ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, Préface A. LYON-CAEN, n° 203, p. 184.

alors toute signification précise, pour ne désigner, à la manière de l'objet, que l'effet de l'acte lui-même²⁵⁹.

Selon R.-E. DE MUNAGORRI, « *parce qu'elle ne peut véritablement exprimer la contrepartie d'un engagement, la cause de l'acte unilatéral reste difficile à déterminer sous le mode d'une cause abstraite* »²⁶⁰. Cependant, cette affirmation doit, de l'aveu même de son auteur, être relativisée. Il est vrai que la condition de cause ne s'applique pas sans déformation à l'acte unilatéral²⁶¹, mais le motif déterminant, n'est pas un motif purement subjectif. Le motif déterminant doit demeurer en rapport avec la nature de l'acte et procède plutôt d'une combinaison d'éléments objectifs et subjectifs²⁶². J. MARTIN DE LA MOUTTE avait même précisé que le fait que l'acte unilatéral est exclusif de toute contreprestation ne doit pas conduire à admettre pour cause n'importe lequel des motifs déterminants. Ici encore, le motif causal devra reposer sur un minimum de base objective, laquelle ne pourra évidemment consister que dans un élément ou dans la nature de l'objet de l'acte unilatéral. Le motif déterminant ne se réduit pas pour autant à une pure volonté mais s'incorpore dans une qualité de l'objet de l'acte unilatéral²⁶³.

73. On peut également ajouter que les auteurs n'adoptent pas la même vision selon l'acte unilatéral envisagé. Si une conclusion doit être tirée des débats doctrinaux, c'est qu'il n'existe pas, en matière de cause, une vérité générale qui peut s'appliquer à tous les actes unilatéraux. Dans ces conditions, la transposition de la cause du contrat à l'acte unilatéral est une question particulièrement aiguë et doit tenir compte de la nature, de l'objet ou des effets de chaque acte unilatéral pris isolement. Mais puisque la qualification d'un acte est intimement liée à la détermination de sa cause, il est alors crucial de forger l'analyse pour déterminer, d'une façon abstraite et objective, le pourquoi de la création d'une société unipersonnelle. Cette question aura le mérite également d'apporter certaines précisions sur le contenu de la cause de l'acte de société et son rôle en matière de qualification.

2° La particularité de la cause de l'acte unilatéral de société

74. De prime abord, tout acte juridique doit avoir une cause licite et l'acte unilatéral de société ne doit pas échapper à cette condition. Il convient de rappeler,

²⁵⁹ R.-E. DE MUNAGORRI, préc., n° 205, p. 185.

²⁶⁰ R.-E. DE MUNAGORRI, préc., n° 205, p. 185.

²⁶¹ R.-E. DE MUNAGORRI, préc., n° 217, p. 193.

²⁶² R.-E. DE MUNAGORRI, préc., n° 208, p. 187.

²⁶³ J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *L'acte juridique unilatéral Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », Sirey, 1951, Préface P. RAYNAUD, n° 239, p. 225 : J. MARTIN DE LA MOUTTE précise cependant que « *par exception, pour le testament, le motif déterminant peut aussi s'incorporer dans une qualité de la personne de légataire* ».

quand même, que « si l'hypothèse de l'illicéité de la cause est pratiquement plus importante que celle du défaut total de cause, c'est surtout qu'elle englobe le cas particulier de la fraude²⁶⁴. C'est sous son couvert que doivent être annulés tous les contrats de sociétés conclus uniquement dans une perspective frauduleuse »²⁶⁵. La Cour de cassation avait cependant

²⁶⁴ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 210 : la fraude demeure cependant une notion spécifique. Tout en se désintéressant complètement des effets normaux d'un contrat de société, la fraude peut revêtir de multiples aspects en droit des sociétés : société constituée exclusivement dans l'intention de faire échec au gage général des créanciers, société constituée pour faire échec au droit déterminé d'un tiers, société constituée pour faire échec à des dispositions légales impératives.

²⁶⁵ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 210. – V. cependant l'arrêt *Marleasing SA* de la CJCE 13 novembre 1990 : JCP G 1991, II, n° 21658, note P. LEVEL ; B. SAINTOURENS, « *Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des communautés européennes* » : Bull. joly 1991, § 41, p. 123 ; Rev. sociétés 1991, p. 532, note Y. CHAPUT : Selon la jurisprudence de la CJCE, le texte n'est pas directement applicable dans un contentieux entre particuliers. Lorsqu'un contentieux met en présence deux sociétés commerciales, elles ne peuvent invoquer que les dispositions du droit national. Mais la CJCE précise, en définitive, par une formulation habile, que, *toutefois*, il est interdit au juge national « d'interpréter les dispositions du droit national relatives aux sociétés anonymes d'une manière telle que la nullité d'une société anonyme puisse être prononcée pour des motifs autres que ceux qui sont limitativement énoncés à l'article 11 de la directive en cause ». Il en résulte, pour le droit français, que les causes implicites de nullité, reposant sur le droit commun des contrats qui sont les motifs de nullité les plus généralement soulevés (la fictivité des apports, le défaut d'*affectio societatis*, l'illicéité de l'objet social réel ou de la cause ou la fictivité de la société), et qui dépassent de beaucoup les causes de nullité énumérées à l'article 11 de la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968 (cette directive concerne uniquement les sociétés par actions et les SARL) ne pourront plus être invoquées. Il faut de même préciser que la conception française, doctrinale et jurisprudentielle, privilégie l'objet social réel, c'est-à-dire, l'activité réellement exercée par la société, sur l'objet social simplement statutaire lorsqu'il s'agit d'apprécier la question de l'illicéité. Cela aurait pu permettre, à défaut de pouvoir prononcer la nullité de la société pour cause illicite, de l'admettre sur la base de l'illicéité de l'objet. En effet, la cause et l'objet de la société, bien que distincts, sont souvent confondus puisque la raison d'être de la société est la réalisation de son objet. Toutefois, la CJCE a précisé aussi que « chaque motif de nullité prévu par l'article 11 de la directive est d'interprétation stricte... et que les mots l'objet de la société doivent être compris comme se référant à l'objet de la société, tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts ». En outre, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de juger dans un arrêt du 21 septembre 2001 (CA Paris 3^e ch., 21 septembre 2001 : Bull. joly 2002, § 139, p. 626, note M. MENJUCO ; Dr. sociétés 2002, n° 78, p. 9) que « le droit français régissant la nullité des sociétés ne peut s'appliquer dès lors qu'il incompatible avec cette directive en ce qu'il se réfère au droit commun des contrats pour déterminer les causes de nullité de la société ». En l'espèce, une société n'a pas pu être annulée pour fictivité de l'un des apports. – Cependant, la portée de l'arrêt *Marleasing SA* et celle du 21 septembre 2001 est contestée non seulement par la doctrine (M. MENJUCQ, note préc. – M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23 éd. 2010, n° 149 et 155 : les directives européennes et la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes ne sauraient écarter un principe général de droit aussi vénérable que *fraus omnia corrumpit*) mais également par la jurisprudence. En premier lieu, l'arrêt *Lumal* (Cass. com., 16 juin 1992 : Bull. joly 1992, § 213, p. 960 ; D. 1993, p. 508, note L. COLLET) avait admis, contrairement à l'arrêt *Marleasing SA*, qu'une société fictive est nulle. En second lieu, plusieurs arrêts ont admis la nullité en application du droit commun des contrats (CA Besançon, 16 mai 1990 : JCP G 1991, II, n° 21756, note A. TISSERAND. – Cass. com., 28 janvier 1992, arrêt *Demuth* : JCP G 1993, II, n° 21994, note A. TISSERAND ; JCP E 1992, II, n° 378, p. 289, note A. TISSERAND ; D. 1993, jur., p. 23, note J. PAGÈS ; Dr. sociétés 1992, n° 75, obs. Th. BONNEAU ; Bull. Joly 1992, § 133, p. 419, note P. LE CANNU. V aussi l'arrêt rendu sur renvoi par CA DIJON, 1^{re} ch., 23 mars 1993 : Bull. Joly 1993, § 269, p. 917, note J. VALLANSAN ; Defrénois 1993, art. 35631, n° 3, obs. P. LE CANNU. – Cass.

précisé que, conformément au droit commun des contrats, la nullité supposait que tous les associés contractants avaient concouru à la fraude²⁶⁶. De sorte que, pour tenter d'échapper à la loi et aux sanctions de la nullité des sociétés frauduleuses, il ne faut pas constituer une société unipersonnelle mais une société bi ou pluripersonnelle en ayant recours à un ou plusieurs « hommes de paille ». Cette jurisprudence favorisait donc, contrairement à l'objectif poursuivi par la loi du 11 juillet 1985, la constitution des sociétés frauduleuses fictivement bi ou pluripersonnelle. Elle ne paraît cependant plus actuelle, la Cour de cassation ayant, en 1998, opéré à propos d'un autre contrat un revirement en décidant « *qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du motif déterminant de la conclusion du contrat* »²⁶⁷. Dans ces conditions, il ne fait guère de doute que l'acte unilatéral de société conclu pour cause illicite ou dans une perspective frauduleuse doit être annulé²⁶⁸. P. DIENER observe également qu'une personne qui ne peut être commerçant à titre individuel en raison d'une incapacité, d'une incompatibilité ou d'une interdiction ne peut être associée en nom collectif. Une EURL serait alors un biais commode pour tourner la loi. C'est de fraude à la loi et de cause illicite qu'il s'agit²⁶⁹.

Il va sans dire aussi que l'illicéité de la cause joue non seulement un rôle de protection sociale, quelle que soit la nature de l'acte envisagé, mais également un rôle de disqualification. Dans ce sens, lorsque la fraude est caractérisée, cela signifie qu'il n'y avait pas de société mais, tout simplement, un acte frauduleux. Au moins, il n'y aurait pas uniquement un acte de société mais également un acte frauduleux.

75. Cela étant, il convient d'étudier les conséquences de la transposition de la cause de la société à l'acte unilatéral pour déterminer son contenu et mesurer son incidence sur la qualification. En revanche, il n'est pas inutile de rappeler que la cause type de l'acte unilatéral de société se confond parfois avec des motifs subjectifs ou même avec l'intérêt pratique du recours à la société unipersonnelle²⁷⁰. Pour en

1^{re} civ., 7 octobre 1998 : D. 1998, p. 563, concl. J. SAINTE-ROSE.). En troisième lieu, dans l'arrêt Centro du 9 mars 1999 (CJCE 9 mars 1999, aff. C-212/97, concl. A. LA PERGOLA : Bull. joly 1999, § 157, p. 705, note J.-Ph. DOM ; JCP E 1999, p. 1285, obs. Y. REINHARD ; D. 1999, Cah. dr. aff. jur., p. 550, note M. MENJUCQ) la CJCE a paru admettre à propos de la liberté d'établissement que la fraude constituait un principe général du droit communautaire.

²⁶⁶ CA Besançon, 16 mai 1990, préc. - Cass. com., 28 janvier 1992, arrêt Demuth, préc. - CA DIJON, 1^{re} ch., 23 mars 1993, préc.

²⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1998 : D. 1998, p. 563, concl. J. SAINTE-ROSE.

²⁶⁸ P. DIENER, « *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL* » : JCP E 1992, I, n° 153, p. 270 : la nullité de l'EURL peut donc être poursuivie pour illicéité de la cause, laquelle englobe le cas particulier de la fraude.

²⁶⁹ P. DIENER, « *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL* », op. cit.

²⁷⁰ Sur cette question V. J.-J. DAIGRE, « *De l'utilité de l'EURL* » : JCP E 1986, II, 14756. - V.D. DESURVIRE, « *Quelles raisons peuvent motiver un entrepreneur à transformer son entreprise en sociétés* » : Rev. Huissiers 1992, p. 59. - B. MAUBRU, « *Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL* » : JCP N 1986, p. 436. - Cl. CHAMPAUD, « *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée* », Rapport du

venir à nos fins, il importe alors de distinguer la cause-type de l'acte unilatéral de société (a) des motifs subjectifs n'ayant pas une valeur de qualification (b)

a) La cause-type de l'acte unilatéral de société

76. La doctrine se borne à affirmer, sous la forme d'une vérité générale, que la cause du contrat de société doit être transposée à l'acte unilatéral mais qu'elle doit subir, tout naturellement, une certaine adaptation.

Cette affirmation ne passe pas sans rappeler le rôle de la cause dans les libéralités et, plus généralement, dans les actes à titre gratuit. Quelle que soit la nature de l'acte envisagé, unilatérale ou contractuelle, la cause réside toujours, bien que cela puisse être discuté, dans l'intention libérale. Plus particulièrement, dans le testament, acte unilatéral par excellence, comme dans le contrat de donation, la cause réside dans l'intention libérale. Le fait que les deux actes entrent dans la catégorie des libéralités prime ici sur la différence de leur technique²⁷¹. Toutefois, les choses ne se présentent pas avec une telle simplicité dans l'acte unilatéral de société.

77. En effet, l'acte unilatéral de société se présente d'une façon non seulement singulière mais également absurde. D'une part, le terme même d'acte unilatéral de société ne se conçoit pas, tout naturellement, comme les autres actes unilatéraux. Plus clairement, le testament, la préemption, le congé et le licenciement, pour ne citer que ces exemples, se présentent par leur nature même comme des actes unilatéraux. Au moins, ces actes ne nécessitent pas l'existence d'une dualité ou d'une pluralité de personnes. Au contraire, lorsqu'on parle d'*acte unilatéral de société*, il s'agit, rappelons-le, d'une notion artificiellement créée. La cause de cet acte doit tenir compte, de prime d'abord, de son unilatéralité. Ensuite, puisque qualification et cause sont intimement liées, la cause de l'acte unilatéral de société doit également être dégagée, tout particulièrement, à partir de la cause du contrat de société. C'est en cela que l'acte unilatéral de société se présente d'une manière singulière.

D'autre part, l'acte unilatéral de société n'est pas dénué d'une certaine absurdité puisqu'il est présenté tant comme une faveur pour l'associé unique que comme un engagement unilatéral de volonté. Ainsi, il est un engagement unilatéral mais il n'est pas sans contrepartie puisque l'associé unique, techniquement parlant, reçoit des droits sociaux en contrepartie de ses apports. Certains auteurs précisent même que la notion de contrat ne disparaît pas, même au sein de l'acte unilatéral de

group d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français : RTD. com., 1979, p. 579. – P. DIÉNER, « *La société en nom collectif dont tout les associés sont des EURL* » : JCP E 1993, I, 153. – A. SAYAG, « *De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : JCP G 1985, I, n° 3217.

²⁷¹ R.-E. DE MUNAGORRI, op. cit., n° 211, p. 189.

société²⁷². Dans ces conditions, définir la cause de l'acte unilatéral de société devient une entreprise compliquée. Ou bien, non sans porter atteinte au caractère unilatéral de l'acte, on envisage la transposition de la notion de cause sous le mode de contrepartie objective. Ou bien, non sans porter atteinte à la qualification sociale de l'acte, on cherche à assimiler la cause au motif déterminant résidant dans la faveur que constitue la limitation de responsabilité. Ce motif causal ne présente pas une valeur purement subjective mais emporte évidemment un effet de qualification²⁷³.

78. En réalité, l'idée selon laquelle la cause du contrat de société est transposable à l'acte unilatéral peut paraître, à première vue, logique d'un point de vue technique. Elle est pourtant erronée, lorsqu'il s'agit de transposer l'élément causal de qualification. Plus précisément, un acte juridique donné peut certes réunir plusieurs éléments causals, mais seuls certains d'entre eux peuvent décider de sa qualification²⁷⁴. Ainsi, la réalisation de l'objet social constitue un élément de cause du contrat de société. L'article 1844-7 du Code civil précise même que la société prend fin par la réalisation ou l'extension de son objet. Mais cet élément causal n'est pas, tout de même, un élément causal décidant de la qualification d'une société. Il faut donc déterminer si la cause-type de l'acte unilatéral de société correspond à la cause de l'acte de société. Plus précisément, il convient d'examiner si l'adaptation de la notion de cause à l'unipersonnalité ne fait pas disparaître certains éléments causals de qualification ou au contraire ne fait pas apparaître de nouveaux éléments causals déterminants de la qualification de cet acte.

79. Certains auteurs ont soutenu, en effet, la transposition de la cause du contrat de société (participation aux bénéfices ou profiter de l'économie) à la société unipersonnelle. Dans la société unipersonnelle, l'associé unique appréhende seul les résultats positifs de cette exploitation²⁷⁵ et s'oblige aux dettes à concurrence de sa mise. Selon A. PERROT « *On peut soutenir que cette participation est la part de bénéfices que l'associé retire étant entendu que tout le bénéfice ne lui revient pas, compte tenu des*

²⁷² M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 10, p. 6 : *que la société soit pluripersonnelle ou unipersonnelle, l'engagement sociétaire place l'associé vis-à-vis de la société « dans une situation contractuelle composée de droits et obligations corrélatifs » : par son adhésion à l'acte sociétaire l'associé s'engage à respecter certaines obligations à l'égard de la société et, en contrepartie, est créancier de certains nombre de droits, ce qui caractérise une relation de type contractuelle.* – V. également, G. WICKER, « *Personnes morale* », in Rép. Civ. Dalloz, n° 94. – Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », in Travaux de l'association Henri CAPITANT, Le contrat, Journée Brésiliennes. LV, Société de législation comparée, 2008.

²⁷³ *Supra* n° 70 et s.

²⁷⁴ F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur la qualification* », *op. cit.*, n° 290 et s.

²⁷⁵ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 315.

dispositions légales ou statutaires. Parallèlement, la participation aux pertes est calculée en fonction de la limitation de responsabilité de l'associé unique »²⁷⁶.

Dans ce sens, la cause de l'acte unilatéral de société peut se définir, par opposition à celle du contrat de société, d'une manière négative : elle réside dans la volonté de ne pas partager les résultats de l'exploitation²⁷⁷. Mais il y a alors plutôt une disparition d'un élément causal de qualification sociale. En effet, le partage suppose, tout naturellement, une pluralité d'associés, ce qui est exclu en matière d'acte unilatéral de société. Certains auteurs prennent même la peine de préciser que cet élément n'existe qu'en matière de société pluripersonnelle²⁷⁸. La cause du contrat de société et celle d'acte unilatéral sont, dès lors, antinomiques.

80. En même temps, si la cause de l'acte unilatéral de société réside dans l'intention de percevoir seul les résultats de l'exploitation, cette manière de voir les choses ne permet pas de distinguer l'auteur d'un acte unilatéral de société (l'associé unique) du commerçant qui n'a pas recours à la technique sociale pour exercer ses activités. Pour être un élément causal de qualification dans l'acte unilatéral, il faudrait, en effet, que le but lucratif soit un instrument de distinction entre société unipersonnelle et entreprise unipersonnelle. Or, rappelons-le, ce qui distingue l'entreprise sociale (société pluripersonnelle) de l'entreprise individuelle est la pluralité des personnes et non le but lucratif. Ce dernier est le but de la société comme c'est le but de l'exploitation d'une entreprise individuelle. Plus clairement, dans l'entreprise unipersonnelle comme dans la société, la finalité est la recherche des bénéfices : l'enrichissement de l'entrepreneur ou l'enrichissement des associés. Dans ce sens, le but lucratif résulte, dans la société unipersonnelle, de la subsistance

²⁷⁶ A. PERROT, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : la société unipersonnelle* », thèse, Paris I, 1990, p. 216.

²⁷⁷ V. B. MAUBRU, « *Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL* » : JCP N 1986, I, p. 435 : l'intérêt de l'EURL est ... dans la technique juridique que la loi du 11 juillet 1985 enrichit d'un instrument tout à fait original permettant à une personne d'utiliser le formalisme des sociétés, et de la SARL en particulier, pour d'une part transférer hors de son patrimoine la propriété d'une masse de biens présents et à venir tout en conservant l'entière maîtrise d'utilisation et l'intégralité des bénéfices d'exploitation, d'autre part engendrer à sa seule initiative un être moral dont l'autonomie ne cesse de s'affirmer pour qu'il se substitue à elle dans l'exercice d'une activité économique ou pour en faire son partenaire, voir son concurrent. – Y. CHAPUT et A. LÉVI, « *l'EURL Droit, pratique et perspective* », étude du CREDA, Litec, 2003, n° 32 et s, p. 22 : l'une des constatations faites lors d'un entretien que le CREDA a mené auprès des dirigeants d'EURL est que les deux seuls arguments évoqués pour justifier le choix de la forme ont été la volonté de limiter les risques aux apports souscrits et le désir d'être « *seul maître à bord* ».

²⁷⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19 éd., 2009, par M. GERMAIN, n° 1056-23, p. 14 : « *l'apport que chaque associé fait à la société pluripersonnelle est réalisé "en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie que pourra en résulter"*. – J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 315 : « *Il ne saurait donc y avoir contrat de société (pluripersonnelle) sans une répartition entre tous les associés des bénéfices (ou de l'économie) et des pertes* ».

de cet élément propre à l'entreprise unipersonnelle et non de sa transposition comme critère de qualification sociale.

En définitive, si le fait d'appréhender les résultats sociaux ne cesse pas d'être un élément de cause de l'acte unilatéral de société, elle cesse de devenir un critère de qualification. L'acte unilatéral instituant une entreprise unipersonnelle, dont la responsabilité de l'entrepreneur est illimitée, peut lui aussi se définir comme l'acte par lequel une personne affecte des biens et son industrie à une entreprise individuelle en vue de se procurer, seul, les résultats de l'exploitation.

81. Pour distinguer société unipersonnelle et entreprise unipersonnelle, il faudrait, en effet, tenir compte de l'apparition d'un nouvel élément causal permettant de décider de sa qualification. Selon Y. GUYON, l'EURL « *provoque non une simplification mais une dénaturation des règles applicables. Certes l'EURL demeure une SARL et à tout moment une simple cession des parts permet de passer d'un statut à l'autre. Néanmoins une société qui n'a qu'un seul associé n'est que le reflet atténué de la société pluripersonnelle. L'organisation collective y fait défaut, le seul but recherché étant la limitation de l'obligation au passif* »²⁷⁹. Certes, comme le relevait M.-Th. CALAIS-AULOY, « *les buts poursuivis par la loi sont d'une valeur incontestable : permettre au petit entrepreneur de limiter sa responsabilité même lorsqu'il exerce seul une activité* »²⁸⁰. Et il est également vrai que le législateur n'avait pas, alors, opté pour la solution du patrimoine d'affectation. Il faut cependant reconnaître que, sur le plan pratique, les deux institutions posent des questions identiques : ce qui pose problème c'est l'isolement du patrimoine affecté à l'entreprise²⁸¹.

Dans cette optique, l'acte unilatéral de société peut alors se définir, d'une manière positive, comme *l'acte par lequel une personne affecte des biens et, éventuellement, son industrie à une entreprise individuelle en vue de limiter sa responsabilité au passif*.

82. Pour affirmer cette définition, il convient d'apporter quelques précisions sur la cause de l'acte unilatéral de société lorsque l'associé unique est une association.

En effet, par une réponse ministérielle, il a été admis la possibilité pour une association d'être l'associé unique d'une EURL²⁸². L'association peut être également l'associé unique dans une SAS. De même encore, la loi n° 99-1124 du 28 décembre

²⁷⁹ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général des sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 510-1, p. 558.

²⁸⁰ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chron, 1986, p. 249.

²⁸¹ M.-Th. CALAIS-AULOY, art. préc., « *Si l'on ne tient pas compte de la personnalité morale attribuée à l'EURL, la loi crée une séparation à l'intérieur du patrimoine de l'entrepreneur entre biens personnels et biens affectés à l'entreprise* ». Selon cet auteur, « *il ne faut pas hésiter à balayer de la loi ce qu'elle a en trop : l'octroi de la personnalité juridique à l'EURL qui ne peut servir qu'à brouiller la perception des véritables problèmes* ».

²⁸² Rép. Min., n° 8532 : JO déb. Sénat Q 2 février 1995, p. 279 ; JCP E 1995, pan. 195 ; V. également les références citées, *Supra* 8, p. 9.

1999²⁸³ portant diverses mesures relatives à l'organisation d'activités physiques et sportives a institué l'EUSRL. Il s'agit d'une nouvelle forme de société unipersonnelle, dont la technique est empruntée à la SARL mais dont l'associé unique est nécessairement une association²⁸⁴.

Il s'agit, dans tous ces cas, d'une application du droit commun puisqu'on ne conteste guère aujourd'hui la capacité des associations à être titulaires de droits sociaux, parts ou actions. De même, aucun texte dans le Code de commerce ni dans la loi du 1^{er} juillet 1901 n'interdit à une association d'être associée dans une société commerciale. Il s'ensuit que les personnes physiques ou morales peuvent être des associées des sociétés commerciales. Il en sera ainsi, en particulier, pour les associations. Mais, une association ne pouvant avoir la qualité de commerçant, il faut réserver le cas où il est interdit à une association d'être associée dans une société dont les associés ont nécessairement la qualité de commerçant²⁸⁵. Sur ce dernier point, il convient de préciser que si l'association ne peut pas avoir la qualité du commerçant, avec bien évidemment toutes les conséquences qui en résultent, il ne lui est pas interdit d'avoir une activité économique et même commerciale. L'association peut dès lors réaliser des actes de commerce à condition qu'elle n'en fasse pas sa profession habituelle et que les bénéfices ou les excédents de l'exploitation soient affectés à l'objet de l'association. Toutefois, l'intérêt pratique pour les associations exerçant une activité économique d'être l'associé unique d'une société unipersonnelle est controversé.

Pour certains auteurs, l'intérêt fondamental de cette possibilité est de permettre à l'association d'isoler ses activités commerciales dans cette structure sociétaire. L'existence de la structure juridique, qu'est l'EURL ou la SASU peut permettre à des associations de répartir les risques financiers sur deux personnes morales, l'association étant le seul associé²⁸⁶. La cause et l'intérêt de cette filialisation ne peut donc être autre chose que d'isoler l'activité commerciale et de lui donner une autonomie patrimoniale. En outre, pour les administrateurs de l'association, à la différence des dirigeants des sociétés commerciales, leur responsabilité est beaucoup plus difficile à mettre en cause²⁸⁷. En effet, l'association ne peut pas être gérante

²⁸³ JO. 29 décembre 1999, p. 19582, Bull. joly, janvier 2000, p. 107§ 23. – « Nouvelle forme de société unipersonnelle- sociétés sportives » : Bull. Lamy sociétés commerciales, n° 123, avril 2000, p. 11-12.

²⁸⁴ Sur cette loi *Supra* n° 5.

²⁸⁵ Il est à noter que les articles 6 et 11 de la loi du 1^{er} juillet 1901 permettent aux associations d'acquérir des valeurs mobilières sous forme de titres nominatifs. – V. GRELLIÈRE, « Propositions pour un droit commun des groupements personnifiés » : D. Affaires 1997, p. 1133 : les associations poursuivent un objet strictement désintéressé. Cet élément est déterminant pour l'octroi d'un statut fiscal de faveur ou pour l'allocation d'aides et de subventions en provenance de la puissance publique.

²⁸⁶ G. DAMY, « La nécessaire mutation de l'association, agent économique et social » : Bull. joly 2004, n° 121, p. 597.

²⁸⁷ G. DAMY, « La nécessaire mutation de l'association, agent économique et social » : Bull. joly 2004, n° 121, p. 597.

puisque, selon l'article 223-18 al. 1 du Code de commerce, la SARL est gérée par une ou plusieurs personnes physique. Néanmoins, rien n'interdit que le président de l'association soit lui-même le gérant de l'EURL.

Pour d'autres auteurs, s'il ne fait pas de doute que l'association peut être associée, dans une société pluripersonnelle, la possibilité pour l'association d'être, elle-même, l'unique associée d'une société unipersonnelle, est contestée. D'une part, on peut estimer que cette filialisation introduit un élément nouveau de confusion entre société et association²⁸⁸. D'autre part, cette filialisation permet, principalement, de tourner les règles de la paracommercialité : l'association, qui ne peut elle-même avoir la qualité du commerçant, pourrait ainsi être l'associé unique d'une société commerciale par la forme.

Plus clairement, selon A. ALFANDARI et M. JEANTIN, « déjà, le danger est grand lorsqu'une association prend une participation majoritaire dans une SARL : risque de détourner l'interdiction de partager les bénéfices entre les membres, risque de confusion des patrimoines au cas d'ouverture d'une procédure collective. Ce danger est évidemment plus grand si l'association devient l'associé unique de l'EURL, car il y a alors tout à craindre que l'esprit même de l'association soit dénaturé, et que ce ne soit pas l'objet de l'EURL qui sera aligné sur celui de l'association, mais plutôt l'inverse »²⁸⁹. V. GRELLIÈRE observe au contraire que la réponse ministérielle a fait preuve de rigorisme en précisant les conditions auxquelles une association peut être l'associé unique d'une EURL²⁹⁰ : d'une part, l'objet social de cette EURL doit être conforme à l'objet de l'association ; d'autre part, l'éventuelle activité commerciale menée par ladite EURL doit être enfermée dans les mêmes limites que celles fixées en jurisprudence concernant les associations. Cela signifie que si l'activité de l'EURL est de nature commerciale, elle ne doit pas permettre à l'association de contourner les règles de la

²⁸⁸ V. N.-F. RAAD, « L'abus de la personnalité morale en droit privé », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 170, p. 160 : à condition que la société créée par l'association ait une activité autonome et ne soit pas fictive en vue d'étendre la capacité de l'association ; V. également, Ibid., n° 203 : le caractère prépondérant de l'activité économique au sein des associations peut dénaturer le contrat d'association. Si l'activité économique est l'activité principale l'association doit être réputée comme une société de fait.

²⁸⁹ A. ALFANDARI et M. JEANTIN, « Possibilité pour une association d'être associé unique d'une EURL » : RTD com., 1995, n° 19, p. 809. – V. également, J. BASTIDE, « Associations : quelques enjeux majeurs » : petites affiches 24 avril 1996, n° 50, p. 31 : l'augmentation du nombre d'associations intervenant dans le champ économique et réalisant, de ce fait, des actes de commerce ou d'activité économique sans intention spéculative attire de plus en plus l'hostilité de certaines organisations professionnelles. Celles-ci les accusent de tourner les règles de la concurrence en offrant des prestations à moindre prix parce que bénéficiaires d'aides publiques. En outre, selon cet auteur, les associations peuvent créer des sociétés pour réaliser leur objet. Cela viderait de sens toute leur action non lucrative qui seule permet la mobilisation du bénévolat et l'apport des dons d'argent pour mettre, à moindre coût, des services de qualité où les relations humaines occupent une place centrale.

²⁹⁰ V. GRELLIÈRE, « Propositions pour un droit commun des groupements personnifiés » : D. Affaires 1997, p. 1133.

paracommercialité²⁹¹. Pour V. GRELLIÈRE, « dans de telles conditions, pourquoi une association créerait-elle une SARL unipersonnelle qui serait aussi ligotée qu'elle ? ». Selon cet auteur, réserve faite de la fraude, le droit des sociétés affirme l'autonomie de la société au regard de son associé ou de ses associés. Cette situation permet à l'incapable insusceptible de faire le commerce à titre personnel d'entrer dans une société à risque limité. Sauf à rogner les ailes de l'EURL et à méconnaître l'esprit du législateur, on ne peut interdire à une EURL de se livrer à toute activité commerciale prévue par l'objet social statutaire. Dans ce sens, toujours selon V. GRELLIÈRE, si les sociétaires craignent les effets de la réponse ministérielle, il reste le palliatif de la société bi ou pluri-personnelle pour sortir de l'embarras²⁹². Cette situation favorise donc les sociétés fictivement bi ou pluripersonnelles tout en consacrant la société unipersonnelle comme patrimoine d'affectation.

83. En fin de compte, quelle que soit la forme de la société unipersonnelle, quel que soit son objet, civil ou commercial, et même quelle que soit la qualité de l'associé unique (personne physique ou personne morale, société ou association), la cause de l'acte unilatéral créateur doit résider dans l'intention de donner une autonomie patrimoniale et juridique à une activité en vue de limiter la responsabilité de l'associé unique au passif. Faute de quoi, l'acte unilatéral de société se trouve dépourvu de cause, celle-ci étant prise à la fois dans sa conception subjective, c'est-à-dire dans le sens de motif déterminant de l'acte, et aussi dans sa conception objective de cause abstraite.

On peut cependant distinguer entre ces deux aspects en soutenant que l'objectif de la création de la société n'est pas cantonné uniquement à la limitation de responsabilité de l'associé unique au passif. Cependant, il s'agit alors de motifs subjectifs n'ayant pas valeur de qualification.

b) Les motifs subjectifs n'ayant pas valeur de qualification

84. L'associé unique peut décider de créer une société unipersonnelle afin de profiter d'un régime social ou fiscal plus favorable ou même pour faciliter la transmission de son entreprise. Ces objectifs, qui présentent parfois un intérêt pratique indéniable, ne sont pas négligés par la loi de 1985. De surcroît, la jurisprudence admet que la constitution d'une société pour payer moins d'impôts est licite²⁹³. Toutefois, il s'agit, dans tous ces cas, de motifs subjectifs qui ne décident pas,

²⁹¹ A. ALFANDARI et M. JEANTIN, « Possibilité pour une association d'être associé unique d'une EURL » : RTD com., 1995, n° 19, p. 809

²⁹² V. GRELLIÈRE, « Propositions pour un droit commun des groupements personnifiés » : D. Affaires 1997, p. 1133.

²⁹³ A propos d'une EURL de défiscalisation, V. CA Paris 9 février 1999 : Bull. joly 1999, § 118, p. 548, note J.-Ph. DOM ; RTD com., 1999, p. 440, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; RTD com., 1999, p. 789, obs. Fl. DEBOISSY : il s'agit en effet d'un montage ayant pour cause unique la défiscalisation de certains revenus et consistant dans l'interposition de plusieurs EURL entre des personnes

juridiquement parlant, de la qualification d'une société. Autrement dit, si l'on peut admettre que l'intention de bénéficier d'avantages fiscaux ou sociaux constitue l'un des éléments de la cause de l'acte de société, elle n'en constitue pas pour autant un élément de qualification, ni dans une société unipersonnelle ni dans une société pluripersonnelle. La qualification sociale ne dépend donc pas de ces intentions, même si elles sont réelles.

Dans cette optique, si, tout en se désintéressant de tous les avantages que confère la technique sociale, l'associé unique décide de créer une société unipersonnelle uniquement pour donner une autonomie patrimoniale et juridique à une activité, la société unipersonnelle est valable. Dans ce cas, l'associé unique s'engage à respecter cette autonomie patrimoniale et juridique et son engagement aura pour cause l'intention de limiter sa responsabilité au passif. Il s'agit d'une condition nécessaire et suffisante. Dans le cas contraire, la société unipersonnelle serait dépourvue de cause et serait même à la fois inutile et fictive.

85. En effet, « au moment du vote de la loi du 11 juillet 1985, qui a introduit la société unipersonnelle à responsabilité limitée, le gouvernement avait promis l'élaboration d'un régime fiscal et social neutre par rapport au choix de la forme de l'entreprise. Les engagements ont été tenus. La société unipersonnelle a été créée pour permettre à l'associé unique de limiter sa responsabilité aux biens qu'il entend affecter à son exploitation »²⁹⁴. Il faut, de surcroît, rappeler que le statut fiscal et social des sociétés unipersonnelles n'est en réalité ni uniforme ni toujours avantageux²⁹⁵.

physiques et SNC. En l'espèce, une banque proposait à certains de ses clients une construction juridique complexe consistant dans la création pour chacun d'eux d'une EURL porteuse de l'investissement en cause. Ces EURL qui sont financées par la banque promotrice de l'opération, vont créer à leur tour une SNC. Cette SNC était elle-même en relation commerciale avec des sociétés du groupe de la banque et avec au moins 12 sociétés hôtelières sous forme de SNC. En contrepartie la banque entendait tirer profit de la gestion locative du bien ainsi acquis par l'EURL débitrice de la banque. Le montage paraît être efficace lors de sa mise en œuvre. Cependant, puisqu'une des EURL ne faisait pas face aux échéances bancaires, la banque a tenté de faire écarter le voile de la technique sociétaire et faire prévaloir la réalité évidente d'un investissement défiscalisé. Toutefois, l'argument de la banque se heurtait à la nature juridique de l'EURL que le législateur de 1985 a adoptée : « l'EURL a pour but de permettre à une personne physique ou morale de constituer un patrimoine d'affectation doté de la personnalité juridique et de la limitation de responsabilité, la transparence fiscale n'impliquant pas la transparence juridique ». « Dès lors qu'il n'est pas établi que ledit associé ait utilisé cette technique juridique pour réaliser des opérations à des fins personnelles, étrangères à son objet ou qu'on se trouve en présence d'une confusion de patrimoine, la transparence fiscale reconnue aux EURL ne saurait engendrer une transparence juridique que le législateur a entendu précisément écarter ». – Sur cette question V. également, P. DIENER, « La défiscalisation par entreprises fictives » : D. 1992, chron., p. 181.

²⁹⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, « Traité de droit commercial », t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1347. – Sur le statut fiscal de l'EURL, V. notamment, B. AMANN, « Intérêt juridiques et fiscaux de la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : Petites affiches 4 août 1986, n° 92, p. 68 et n° 93, p. 41. – J.-M. MIT, « L'EURL : régime fiscal » : JCP E 1986, n° 14756, p. 493.

²⁹⁵ Concernant la transmission de l'entreprise, il convient de remarquer aussi que l'objectif de faciliter la transmission de l'entreprise n'est pas toujours avantageux et dépend aussi de circonstances particulières du chef d'entreprise : sur cette question V. P. SERLOOTEN, « Intérêt pratique de l'EURL :

86. S'agissant du régime fiscal, les solutions varient selon s'il s'agit du monde commercial, du monde libéral ou du monde agricole²⁹⁶. Dans le monde commercial ou libéral, il faut, en effet, distinguer selon que l'associé unique est une personne physique ou une personne morale. Lorsque l'associé unique est une personne morale, la société unipersonnelle est soumise de plein droit à l'impôt sur les sociétés (IS), ce qui n'est pas très avantageux pour la société mère : celle-ci ne peut pas faire remonter les pertes, sauf intégration fiscale²⁹⁷.

Si l'associé unique est une personne physique, l'EURL est soumise à l'impôt sur le revenu (IR). L'EURL est donc soumise au régime des sociétés de personnes. Du point de vue de l'associé unique, c'est *a priori* comme s'il exerçait en entreprise individuelle. Toutefois, l'EURL peut opter pour le régime de l'IS. Cette option peut être intéressante si, compte tenu du taux de l'IS et du taux marginal de l'IR applicable à l'associé unique, celui-ci réalise une économie d'impôt²⁹⁸. Le régime de l'IS devient en effet préférable dès que le niveau des bénéfices atteint un certain seuil²⁹⁹.

une structure d'entreprise à géométrie variable » : Bull. july 1994, p. 1173. – G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1256.

²⁹⁶ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd., 2009-2010, n° 553, p. 220.

²⁹⁷ Y. CHAPUT et A. LÉVI, « *l'EURL Droit, pratique et perspective* », étude du CREDA, Litec, 2003, n° 39 et s, p. 24. – L'intégration fiscale permet de remonter le déficit dans le cadre des groupes. Dans ce cas, l'imposition des filiales intégrées est reportée sur la tête de la société intégrante. Lorsque les résultats d'une filiale sont structurellement déficitaires, il peut être judicieux de choisir la SNC comme vêtement juridique. M. COZIAN, Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 634, p. 250 et 251.

²⁹⁸ Y. CHAPUT et A. LÉVI, « *l'EURL Droit, pratique et perspective* », étude du CREDA, Litec, 2003, n° 39 et s, p. 24.

²⁹⁹ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd., 2009-2010, n° 1255, p. 494 : pour les toutes petites entreprise de subsistance, le statut de l'entreprise individuelle relevant de l'impôt sur le revenu est généralement le mieux adapté à tous égards ; V. également, Ibid., n° 546, p. 216, spécialement n° 1197, p. 479 : puisque l'entreprise individuelle ne peut pas opter pour l'impôt sur les sociétés, ces auteurs soulignent l'inadéquation de la forme individuelle à l'entreprise de croissance. Ainsi, le fait de conserver la forme individuelle alors que l'entreprise emploie plusieurs dizaines de salariés et qu'elle dégage un bénéfice substantiel peut entraîner des conséquences catastrophiques : *une bonne part de ce bénéfice est confisquée par le fisc dans la tranche la plus élevée de l'impôt sur le revenu (48% si l'on tient compte de CSG et de la CRDS). Une autre part est confisquée par les organismes sociaux puisque les cotisations des travailleurs indépendants sont calculées sur la totalité du bénéfice réalisé par l'entreprise.* Le régime de l'IR est également catastrophique pour l'autofinancement de l'entreprise. Celui-ci est imputé de près de 50% en faisant abstraction des charges sociales, alors qu'il ne supporterait que 33,1/3% dans le cadre de l'IS. Il faut aussi tenir compte que, dans le cadre de l'IS, le taux est abaissé à 15% au lieu de 33,1/3% lorsque le bénéfice annuel ne dépasse pas 38 120 euro (V. Ibid., n° 583 et s). Ensuite, il convient de préciser que, dans le cadre de l'IS, l'autofinancement n'est pas surtaxé. Il est vrai que les bénéfices font l'objet d'une double imposition (Ibid., n° 438 et s : ils sont d'abord taxés à l'IS au nom de la société lorsqu'ils sont réalisés. Ils sont ensuite imposés entre les mains des associés lorsqu'ils sont mis en distribution sous forme de dividendes) et participent au financement de la protection sociale par l'empilement de diverses contributions sociales (Ibid., n° 526 et s). Ainsi, un prélèvement de 12,10% s'ajoute à l'IR comme prélèvements libératoires applicables aux

En effet, les bénéficiaires sont soumis à la progressivité de l'impôt sur le revenu et cette progressivité serait supportable en raison de la modestie des résultats³⁰⁰. Ainsi, certains chefs d'entreprise interrogés par le CREDA ont estimé que, dans leur cas personnel, l'option retenue de l'IS, n'était, en définitive, pas très intéressante³⁰¹.

De même, il est vrai que cette possibilité d'opter pour l'IS n'existe pas pour l'entreprise individuelle, mais il faut toutefois préciser que l'option, une fois exercée, est irrévocable³⁰². Le choix entre les deux régimes est donc parfois délicat. Dans le cas où la société unipersonnelle ne réalise pas de bénéfices suffisants, elle perd les avantages liés au régime de l'impôt sur le revenu. Dans ce cas aussi, la mise en société de l'entreprise individuelle peut se révéler plus coûteuse, puisque l'associé unique perd les avantages des autres régimes d'imposition liés à l'entreprise individuelle (statut d'auto-entrepreneur, réel simplifié, micro-entreprise)³⁰³. L'option entre IS et IR varie donc selon chaque cas d'espèce³⁰⁴. Il s'agit d'un motif purement

intérêts et dividendes. Ce prélèvement de 12,10 frappant les dividendes perçus pouvait se relever plus lourd à supporter que l'impôt sur le revenu dans sa tranche la plus élevée, soit 40% (V. Ibid., n° 526 et 443 et s : Ce prélèvement s'applique sur le montant brut des dividendes perçus sans déduction des frais, sans abattement et sans crédit d'impôt. La société prélève ce montant sur les dividendes distribués, s'en acquitte auprès du trésor et verse le montant net à l'associé). En revanche, les bénéficiaires qui sont mis en réserve échappent à l'impôt sur le revenu, aux contributions sociales et aux cotisations sociales. Enfin, la forme individuelle n'est pas avantageuse en cas de vente de l'entreprise (Ibid., n° 1198) : En effet, le droit de mutation est quasiment inexistant dans le cadre d'une SA ou d'une SAS. *C'est une évidence : une entreprise de croissance qui réussit est condamnée à adapter constamment ses structures.* Ainsi, certaines opérations juridiquement possibles (ouverture du capital, prise de participation, fusion) ne sont fiscalement supportables que si l'on est dans le cadre d'une société relevant de l'IS.

³⁰⁰ V. M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 546, p. 216 : de même, il n'est pas fait de distinction selon que les bénéficiaires sont prélevés par l'exploitant ou qu'ils sont laissés à la disposition de l'entreprise.

³⁰¹ Y. CHAPUT et A. LÉVI, « *l'EUURL Droit, pratique et perspective* », étude du CREDA, Litec, 2003, n° 39 et s, p. 24. – En plus, la loi dite LME du 4 août 2008 a assoupli la règle de l'assujettissement obligatoire à l'impôt sur les sociétés des sociétés à risque limité. L'idée est de permettre aux associés des sociétés nouvellement créées dont les résultats seraient déficitaires d'imputer les déficits sociaux sur leurs propres revenus, ce qui le régime de l'impôt sur les sociétés ne permet pas.

³⁰² Les SELARL unipersonnelles et l'EARL sont également soumises en principe à l'IR mais elles peuvent opter pour l'IS : M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 553.

³⁰³ D'ailleurs le choix entre ces trois régimes n'est pas facile et il vaudrait mieux faire appel à un fiscaliste.

³⁰⁴ V. Y. CHAPUT et A. LÉVI, « *l'EUURL Droit, pratique et perspective* », étude du CREDA, Litec, 2003, n° 39 et s, p. 24. – En ce qui concerne le statut fiscal de la SASU, elle est assimilée d'un point de vue fiscal à une société anonyme (article 1655 quinquies CGI). Il en résulte que la SASU est soumise à l'IS. Quant au statut fiscal du président et/ou des dirigeants de la SASU, comme pour les dirigeants de la société anonyme, les rémunérations versées sont imposées dans la catégorie des traitements et salaires lorsqu'elles correspondent à une fonction de direction (article 1655 quinquies CGI). – Sur cette question, V. notamment Th. SCHMITT, « *La SAS et le droit fiscal* » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 60 : cet auteur propose d'aligner le statut fiscal et social du président de la SASU sur celui du gérant de l'EUURL, ce qui pourrait contribuer aussi à éviter de trop nombreuses transformations d'EUURL en SASU. – M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 544 et s : Cependant, la loi LME du 4 août 2008 a assoupli la règle de l'assujettissement obligatoire à

subjectif qui ne peut pas constituer un élément de la cause juridique de l'acte. Il convient d'ajouter qu'il existe en la matière une évolution permanente, dictée par des objectifs d'assouplissement des règles d'imposition et de neutralité fiscale. Ainsi, selon M. COZIAN et F. DEBOISSY, « *Aujourd'hui, on peut transformer son entreprise en société sans être obsédé par la fiscalité* »³⁰⁵.

87. Le statut social de l'associé unique permet de parvenir à la même conclusion. En effet, l'un des objectifs de la loi du 1985 a été de diminuer le recours aux sociétés fictivement pluripersonnelles. Ce recours aux sociétés fictives s'expliquait également par la différence entre le statut social des associés ou des dirigeants de certaines sociétés (SARL et SA) et le statut social de l'entrepreneur individuel, moins favorable.

Pour mieux clarifier la situation il faut apporter quelques précisions sur l'évolution du statut social de l'associé unique et les conséquences qui en résultent. En réalité, le statut social de l'associé unique varie selon le statut fiscal de l'EURL. Il faut donc déterminer, dans un premier temps, si l'EURL est soumise à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés.

Lorsque l'EURL relève de l'impôt sur le revenu, elle sera soumise au régime des sociétés de personnes. En conséquence, à la différence du gérant non associé qui bénéficie de la protection sociale des salariés³⁰⁶, l'associé unique gérant est assimilé à

l'IS des sociétés à risque limité. L'idée est de permettre aux associés de sociétés nouvellement créées dont les résultats seraient déficitaires d'imputer les déficits sociaux sur leur propres revenus, ce que le régime de l'impôt sur les sociétés ne le permet pas. Désormais la SASU dont l'associé unique est une personne physique (pour la SAS pluripersonnelle l'option doit être exercée à l'unanimité des associés) peut opter pour l'IR à condition de satisfaire certaines conditions mentionnées à l'article 239 bis AB du CGI (la SAS doit être non cotée ; elle doit exercer une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ; elle doit employer moins de cinquante salariés et avoir réalisé un chiffre d'affaire annuel ou un total de bilan inférieur à 10 millions d'euro au cours de l'exercice ; elle doit avoir été créée depuis moins de cinq ans). – V. également, INFOREG, « *Comparatif du régime fiscal et social de la SAS et de la SARL* » : Cah. dr. entr., n° 4, juillet 2010, prat. 16 : en autorisant pour les SAS l'option pour le régime fiscal des sociétés de personne (IR), la fiscalité de la SAS et de la SARL s'est rapprochée depuis la LME du 4 août 2008. Cependant, c'est dans le régime social qui se trouve la principale différence : le gérant associé unique d'une EURL est au régime social des indépendants alors que le président associé unique de la SASU est au régime général.

³⁰⁵ M. COZIAN et F. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 1256, p. 495. – V. également, G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1347.

³⁰⁶ Il est vrai que le gérant-non associé bénéficie de la protection sociale des salariés, mais, il est crucial de préciser que la qualité du gérant s'apprécie également de manière extensive. Il faut, en effet, tenir compte de l'article L. 311-3-11° du CSS selon lequel les parts appartenant en toute propriété ou en usufruit au conjoint et aux enfants mineurs non émancipés d'un gérant sont considérées comme possédées par ce dernier. Ainsi, dans un arrêt du 22 novembre 2001 les juges, ont tenu compte de la détention des parts par l'intermédiaire de l'épouse, qui était en plus l'associé unique, afin d'appliquer à son mari le régime social des non salariés non agricole prévu pour les gérants associés majoritaires même non rémunéré à ce titre (Cass. soc. 22 novembre 2001 : RJS 2002, n° 358 ; JCP E 2002, 1841, n° obs. G. VACHET ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec. 23^e éd. 2010, n° 1117, p. 560).

l'entrepreneur individuel³⁰⁷. Il relève donc du régime des travailleurs non salariés non agricoles (article 11 de la loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social).

³⁰⁷ L'associé unique-non gérant n'a pas le même statut. En effet, l'article article 11 de la loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 prévoit l'affiliation de l'associé de l'EURL au régime des non salariés non agricoles pour le paiement des cotisations d'assurance vieillesse (L. 622-9 du CSS), d'assurance maladie, maternité (article L. 615-1-5° du CSS) ainsi qu'à l'URSSAF pour le paiement de la cotisation personnelle d'allocations familiales. Les organismes de la sécurité sociale déduisaient de la rédaction générale de cet article l'affiliation obligatoire de l'associé unique d'un EURL au régime des TNS des professions soit artisanal, soit industrielles et commerciales, soit libérales. Pour les régimes de la sécurité sociale cette affiliation est obligatoire même si l'associé unique n'est pas gérant ou n'exerçant aucune activité professionnelle dans la société. Cette solution n'est pas adoptée par la Cour de cassation (V. Cass. soc., 3 avril 1997 : RJS 1997, n° 1038 ; JCP E 1997, II, n° 508, p. 179, note F. TAQUET ; JCP E 1998, p. 558, obs. G. VACHET ; Bull. joly 1997, § 321, p. 890, note J.-J. DAIGRE). En l'espèce, l'associé unique ayant cessé toute activité commerciale et ayant apporté son fonds de commerce à une EURL. Par la suite, il a confié la gérance à un tiers. L'organisme de la sécurité sociale réclamait à l'associé unique les cotisations correspondantes à son affiliation obligatoire à l'assurance vieillesse des non salariés non agricole. Cependant, selon la Cour de cassation la seule qualité d'associé d'une EURL ne suffit pas pour déclencher l'affiliation obligatoire au régime des travailleurs non salariés. Cette affiliation obligatoire est, en effet, réservée aux seuls associés gérants ou exerçant une fonction dans l'EURL. C'est donc l'activité effective qui déclenche l'affiliation obligatoire et non la simple qualité d'associé. Cette solution est, selon F. TAQUET (note préc.), conforme aux principes généraux d'affiliation des travailleurs non salariés. – V. cependant, J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy société commerciales* », 2010, n° 3316 : Dans l'EURL soumise à l'impôt sur le revenu, la totalité du bénéfice de la société est imposée au nom de l'associé unique personne physique comme revenu professionnel non salarié. C'est donc sur cette base que l'associé unique doit acquitter les cotisations sociales (Les cotisations dues au titre de l'assurance maladie et maternité, de l'assurance vieillesse et des allocations familiales des professionnels non salariés non agricoles). Ces cotisations étant toutes assises sur le revenu professionnel retenu pour le calcul de l'impôt sur le revenu (CSS, art. 612-4, L. 633-10 et L. 242-11). Cette règle d'assiette joue quelle que soit la situation de l'associé unique dans la société : gérant ou non gérant ; V. également Ibid., « *lorsque un fonds de commerce est mis en location gérance au bénéfice d'une EURL, le propriétaire du fonds, devenu associé unique non gérant, reste affilié au régime d'assurance-vieillesse des professions industrielles et commerciales ; il ne peut donc pas être considéré comme ayant cessé son activité au regard de l'article L. 634-6 du Code de la sécurité sociale* (Rép. Min. à QE n° 10958, JO. Ass. Nat., Q. 22 décembre 1986, p. 5008) » – Pour les SELARL unipersonnelle (ou SELURL), V. Cass. 2^e civ., 15 mai 2008 : D. 2008, p. 1488 : en l'espèce, un chirurgien-dentiste avait constitué une SELURL mais il a continué d'exercer sa profession à titre libéral sous couvert de la société. La loi du 31 décembre 1990 n'ayant prévu aucune dérogation au régime de protection sociale obligatoire institué pour cette catégorie professionnelle. L'associé, nonobstant sa fonction de gérant, reste tenu de la même obligation d'affiliation en matière de cotisations sociales, dont l'assurance vieillesse, qu'avant la création de la structure sociale. Ses cotisations auront donc pour assiette les bénéfices distribués, qui constituent le produit de son activité professionnelle. Cet arrêt a été rendu contrairement à un arrêt de Conseil d'État du 14 novembre 2007. En effet, le CE avait jugé que les dividendes versés aux associés de SEL ne peuvent être regardés comme des revenus professionnels. Actuellement, depuis la loi de financement de la sécurité sociale n° 2008-1330 du 17 décembre 2008, le législateur a tranché le conflit en se ralliant à la position de la Cour de cassation. V. notamment sur cette question M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 1275, p. 503 : Désormais, selon les articles L. 131-6 et R. 131-2 du CSS, les associés de SEL sont soumis aux cotisations et contributions sociales applicables aux revenus d'activité des travailleurs indépendants à raison des dividendes et intérêts de comptes courants qui leur sont alloués, de même qu'à leur conjoint, partenaire ou enfant mineur non émancipé, pour la fraction qui excède 10% du capital social, de primes d'émission et de sommes versées en compte courant. La mise en SELURL d'un cabinet médical risque ainsi de perdre l'avenir l'un de ses principaux attraits.

Lorsque l'EURL est soumise au régime des sociétés de capitaux, le statut social de l'associé unique n'était pas meilleur. L'associé unique gérant se trouvait logiquement dans la position du gérant majoritaire d'une SARL qui n'a pas la couverture sociale d'un salarié. Cette situation favorisait les sociétés fictivement pluripersonnelles. L'associé unique souhaitant profiter du statut social des salariés, constituait une société pluripersonnelle avec un ou plusieurs « hommes de paille » détenant la majorité des parts sociales mais signant généralement une cession de parts en blanc. L'associé unique se faisait ainsi attribuer le statut de gérant minoritaire, lequel est traité comme un salarié. Ainsi, selon Cl. BAILLY-MASSON, « *une des raisons de l'échec de l'EURL était liée à cette différence de statut social entre EURL et SARL à gérance minoritaire* »³⁰⁸.

88. Cependant, au gré des réformes successives, la protection sociale des indépendants s'est améliorée pour quasiment s'aligner sur celle des salariés³⁰⁹. Tout d'abord, en matière de protection sociale complémentaire individuelle, la loi Madelin du 11 février 1994 a commencé un rapprochement entre le régime des salariés et des non salariés³¹⁰ en permettant la déductibilité des assurances complémentaires facultatives des non salariés³¹¹. Les dirigeants non salariés relevant du régime social

³⁰⁸ Cl. BAILLY-MASSON, « *Les aménagements à faire pour rendre l'EURL plus attractive* » : Petites affiches 19 juin 2000, n° 121, p. 4. – V. également, Ph. MARINI, « *La modernisation du droit des sociétés* », op. cit., p. 17 et s. – A. LECHENET, « *Au royaume des gérants de SARL., les minoritaires sont rois* » : Petites affiches 17 janvier 1996, n° 8.

³⁰⁹ Sur cette question V. notamment : F. KESSLER, « *La protection sociales des dirigeants sociaux* », In, *La protection sociale applicable aux dirigeants de sociétés*, Dossier sous la direction de Francis KESSLER : Bull. joly 2010, n° 202. – Même auteur, « *L'affiliation à la protection sociale de base du dirigeant social* » : Ibid., n° 203, p. 919. – D. JONIN, « *La protection contre le chômage des dirigeants sociaux* » : Ibid., n° 204, p. 927. – Y.-É. LOGEAS, « *La protection sociale complémentaire des dirigeants* » : Ibid., n° 205, p. 937. – Ch. BOUDINEAU, « *La loi Madelin : quelle avancée pour les professions non salariés* » : Petites affiches, 27 octobre 1995, n° 129, p. 10. – même auteur, « *La création d'entreprise : quels sont les choix ?* » : Petites affiches 14 août 1996, n° 98, p. 13. – même auteur, « *Les contrats de retraite et de prévoyance issus de la loi Madelin : quel bilan* » : Petites affiches 30 juillet 2001, n° 150, p. 4. – même auteur, « *Quelle protection contre le chômage pour les travailleurs indépendants* » : Petites affiches 6 mars 2001, n° 46, p. 8. – même auteur, « *Salarié ou non-salarié : quel statut social choisir pour un travailleur indépendant ?* » : Petites affiches 14 septembre 2000, n° 184, p. 4.

³¹⁰ J. BARTHÉLÉMY, « *L'harmonisation du statut social des travailleurs indépendants sur celui des salariés ou l'extension de la règle des 19% aux travailleurs non salariés* » : JCP E 1994, n° 28 et 29. – Cl. BAILLY-MASSON, « *Les aménagements à faire pour rendre l'EURL plus attractive* » : Petites affiches 19 juin 2000, n° 121, p. 4.

³¹¹ Cl. BAILLY-MASSON, « *Les aménagements à faire pour rendre l'EURL plus attractive* » : Petites affiches 19 juin 2000, n° 121, p. 4 : « *ne serait-il pas nécessaire dès lors d'étendre aux entrepreneurs placés en EURL la couverture sociale des salariés. On éviterait ainsi les SARL fictives à gérants minoritaires ou égalitaires qui bénéficient ainsi de l'égalité avec les salariés en raison d'un montage fictif. L'égalité entre travailleurs ne doit pas résulter de tels montages. Il est anormal que le conjoint qui travaille ne soit pas considéré comme travaillant à temps plein au plan de la déduction des charges. On peut regretter également que le gérant minoritaire n'ait aucune protection contre le chômage. Là l'injustice est moins grande puisque le gérant minoritaire en SARL et les dirigeants en SA n'ont pas non plus cette couverture...le manque de succès de l'EURL s'explique donc principalement par des considérations liées au droit social (non reconnaissance de la couverture sociale d'un salarié à l'associé unique)* ».

des travailleurs indépendants peuvent ainsi bénéficier de prestations supplémentaires en matière de prévoyance et de retraite en contrepartie de cotisations déductibles. Cette protection s'applique aux personnes soumises à l'impôt sur le BIC ou sur le BNC. Elle concerne donc les exploitants individuels (les commerçants et artisans), les membres des professions libérales, les gérants majoritaires non salariés d'une SARL, d'une EURL, d'une SELARL pluri ou unipersonnelle³¹². Toutefois, si la couverture sociale d'un salarié est demeurée plus avantageuse que celle d'un non salarié, elle est également demeurée plus coûteuse³¹³.

Ensuite, en 2006 le RSI (Régime social des indépendants) s'est substitué aux caisses maladie et retraite obligatoires (Canam, Organic, AVA). Il est désormais l'interlocuteur des professionnels indépendants pour leur protection sociale, en matière d'assurance obligatoire maladie-maternité, d'assurance vieillesse et d'assurance invalidité-décès³¹⁴.

Actuellement, il n'en existe pas moins des différences entre le statut des TNS (appelés également RSI) et le statut des salariés³¹⁵. Cependant, il est admis que la mise en société de l'entreprise individuelle ne dépend plus du statut social de l'entrepreneur individuel ou de celui de l'associé unique gérant. Cette situation est de nature à diminuer le recours aux sociétés fictivement pluripersonnelle et

³¹² V. Y.-É. LOGEAS, « *La protection sociale complémentaire des dirigeants* » : Bull. july 2010, § 205, p. 937 : Sont également concernés les conjoints collaborateurs des dirigeants. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a modifié le statut du conjoint collaborateur. Jusqu'à cette loi, le choix d'un statut pour les conjoints collaborateurs était facultatif et volontaire. Désormais, ce choix est obligatoire et tout conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle a l'obligation de choisir l'un des 3 statuts suivants : conjoint collaborateur, conjoint salarié, conjoint associé (C. com., art. L. 121-4). Cette obligation concerne les conjoints mariés et depuis la loi, dite LME, n° 2008-776 du 4 août 2008, les partenaires liés par un PACS au chef d'entreprise. Quant au concubin, il ne peut pas être conjoint collaborateur. Cependant, le concubin qui exerce une activité régulière sans statut dans l'entreprise s'expose à des sanctions, notamment pour travail dissimulé (C. trav., art. L. 8221-3 et s.).

³¹³ Cl. BAILLY-MASSON, « *Les aménagements à faire pour rendre l'EURL plus attractive* » : Petites affiches 19 juin 2000, n° 121, p. 4.

³¹⁴ Les caisses vieillesse des professions libérales ne sont pas dans le RSI.

³¹⁵ Actuellement, l'associé unique d'un EURL gérant ou non n'est pas affilié au régime géré par Pôle d'emploi et ne bénéficie donc pas de l'assurance chômage des salariés. Les dirigeants sociaux ne peuvent bénéficier de cette assurance chômage que s'ils sont liés à l'entreprise par un contrat de travail effectif. Bien que la prévoyance collective vise également aux termes de la loi « les opérations ayant pour objet la prévention et la couverture des risques chômage », il n'existe pas de contrat collectif d'assurance organisant l'indemnisation de la perte d'emploi. Aussi, dès lors qu'ils ne peuvent bénéficier du statut de salarié au regard de l'assurance chômage, les dirigeants sociaux peuvent choisir de souscrire à une assurance volontaire qui leur est réservée de prise en charge de la situation de la perte d'emploi. Afin de prémunir contre le risque de révocation et de perte de revenu y afférent, certains dirigeants choisissent donc de s'assurer individuellement. Sur cette question V. notamment : D. JONIN, « *La protection contre le chômage des dirigeants sociaux* » : Bull. july 2004, n° 204, p. 927. - Ch. BOUDINEAU, « *Quelle protection contre le chômage pour les travailleurs indépendants* » : Petites affiches 6 mars 2001, n° 46, p. 8.

l'attribution également fictive le statut du gérant minoritaire³¹⁶. La course au salariat, qui expliquait que le moindre commerçant voulait se mettre en société dans l'unique dessein de bénéficier du statut de P-DG ou de gérant minoritaire de SARL, relève du passé dans la mesure où le statut des salariés et celui des non-salariés ont été largement harmonisés³¹⁷. « Désormais si un exploitant désire de mettre son entreprise en société, ce sera pour des bonnes raisons liées au développement de l'entreprise »³¹⁸. Néanmoins, il faut aussi tenter de remarquer que cette situation est de nature de diminuer l'intérêt de recours aux sociétés unipersonnelles.

89. En conclusion, il existe des motifs purement subjectifs qui n'ont aucune influence sur la qualification. Il est, en vérité, superflu de rechercher si l'associé est entré dans la société pour augmenter ses revenus, réaliser des plus-values en capital, faciliter la transmission de sa fortune ou bien encore bénéficier d'un régime fiscal plus avantageux³¹⁹.

En revanche, une qualification type implique une cause-type de telle façon que la disparition ou la modification de la cause normale se répercute sur le choix de la qualification³²⁰. Ainsi, dans notre domaine, l'acte unilatéral de société a pu être défini, comme *l'acte par lequel une personne affecte des biens et, éventuellement, son industrie à une entreprise individuelle en vue de limiter sa responsabilité au passif*.

Cette définition introduit un élément causal nouveau qui se présente non seulement comme le motif déterminant de l'acte unilatéral de société, mais également comme cause abstraite et objective. Elle a pour premier effet de distinguer entreprise unipersonnelle et société unipersonnelle.

Cette définition a pour second effet de distinguer la cause-type de l'acte unilatéral de société de celle du contrat de société et impose, par voie de conséquence, une qualification différente de chacun de ces deux actes. D'une part, elle exclut le partage des bénéfices ou la participation aux économies qui suppose une pluralité d'associés. D'autre part, elle introduit un nouvel élément causal qui est l'intention, pour l'associé unique, de limiter sa responsabilité au passif. Cet élément

³¹⁶ V. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Litec, 23^e éd. 2010, n° 1044, p. 526 : « Sur le plan fiscal, gérants majoritaires et gérants minoritaires sont désormais logés à la même enseigne ; ils bénéficient les uns et les autres des avantages du régime des salariés. Au regard de la sécurité sociale, les gérants minoritaires bénéficient du régime des salariés tandis que les gérants majoritaires sont soumis au régime des travailleurs indépendants. Mais ce régime à condition d'accepter de payer les cotisations suffisantes, n'a plus rien à envier au régime général. Les jalousies entre salariés et non salariés relèvent désormais du passé ».

³¹⁷ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « Précis de fiscalité des entreprises », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 1254, p. 494.

³¹⁸ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « Précis de fiscalité des entreprises », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 1254, p. 494.

³¹⁹ N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis » : Rév. sociétés 2000, p. 425.

³²⁰ F. TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », LGDJ., 1956, n° 274.

n'est pas propre à l'acte unilatéral de société, puisque l'on peut constituer une société dont la responsabilité des associés est limitée. La limitation de responsabilité ne détermine ni la qualification sociale ni la reconnaissance de la qualité d'associé. La société en nom collectif, dont la responsabilité des membres est indéfinie, en est une banale démonstration.

Il est sans doute vrai que certaines sociétés ont pour fonction de limiter la responsabilité de leurs membres au montant de leurs apports, mais cette fonction ne constitue pas pour autant un élément causal permettant de décider de la qualification de société. En outre, l'intention d'affecter des biens et, éventuellement, son industrie à une entreprise individuelle en vue de limiter sa responsabilité au passif se rencontre également dans le cas de l'EURL. De sorte que la reconnaissance de l'EURL, sans passer par la notion de société-personne morale, démontre que l'emprunt de l'organisation des sociétés à responsabilité limitée n'impose pas l'attribution de la qualification sociale.

90. Plus clairement, cette définition montre que l'acte unilatéral ne contient aucun élément causal permettant de décider de la qualification d'un acte de société. C'est la raison pour laquelle certains auteurs se tournent alors du côté de l'*affectio societatis*.

§2. La non-transposition de l'*affectio societatis* à l'acte unilatéral

91. Les divergences doctrinales sur le contenu du concept d'*affectio societatis* sont nombreuses³²¹. L'existence même de l'*affectio societatis* a été niée par certains³²².

³²¹ J. AMIAUD, « L'*affectio societatis* », Mélanges SIMONIUS, in *Aequitas und bona fides, Festgabe Zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1955, p. 1. – P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société » : Ann. dr. com. 1906, p. 153. – J. HAMEL, « L'*affectio societatis* » : RTD civ., 1925, p. 762. – N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* » : Rev. sociétés 2000, p. 425. – N. THIBIERGE, « De l'*affectio societatis* » : Mélanges DAUBLON, 2001, p. 313. – Ph. REIGNÉ, « Réflexion sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire » : D. 2002, p. 1330. – F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Bref propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur » : Rev. dr. bancaire 2002, p. 216. – Th. MASSART, note sous CA Paris, 21 décembre 2001 : Bull. Joly 2002, § 109, p. 499. – A. VIDAL, « *Affectio societatis* et partage du risque d'entreprise » : Rev. huiss. 1993. 3. – J.-M. BERMOND DE VAULX, « Le spectre de l'*affectio societatis* » : JCP E 1994, I, 346. – même auteur, « À propos d'une notion exaltée de l'*affectio societatis* » : Dr. sociétés 1993, n° 4, p. 1. – A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ., 1978, n° 75, p. 75 et s. – Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique », LGDJ., 1998, Préface F. TERRÉ, n° 177, p. 130 et s ; même auteur, « De l'EURL. À la SASU ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 48. – N.-F. RAAD, « L'abus de la personnalité morale en droit privé », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 77, p. 77 et s. – Cl. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue ? », Petites affiches 24 janvier 2000, n° 16, p. 4. – Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés » : Rev. sociétés 1989, p. 439. – Y. GUYON, « *Affectio societatis* », JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 20-10, Actualisé par A. MAIROT. – I. TCHOTOURIAN, « L'*affectio societatis*, critère de validité et de qualification du contrat de société », thèse, Nancy 2, 2007. – P. SERLOOTEN, « L'*affectio societatis* : une notion à revisiter » : In *Aspect actuels de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur d'Y. GUYON, Dalloz 2003, p. 1007.

Son rôle a été contesté par d'autres³²³. Pourtant, ces opinions n'ont pas convaincu. Le rôle de l'*affectio societatis* n'en est pas moins, dans certaines hypothèses, décisif³²⁴. On peut critiquer l'usage abusif qui en est fait mais rien de plus³²⁵.

L'*affectio societatis* constitue un élément de validité et de qualification de l'acte de société, et suppose, tout naturellement, une pluralité d'associés. Toutefois, une partie de la doctrine a voulu montrer sa présence en matière de société unipersonnelle. Bien que ces opinions soient restées isolées, il convient d'exposer la notion d'*affectio societatis* (A) avant d'affirmer son absence en matière de société unipersonnelle (B).

A. La notion d'*affectio societatis*

92. L'article 1832 du Code civil, il est vrai, ne fait pas directement référence à l'*affectio societatis*³²⁶. Celle-ci constitue pourtant une notion de droit positif³²⁷ : l'*affectio*

³²² A. WAHL, « Précis théorique et pratique du droit commercial », Sirey 1922, n° 469, p. 154 : qui affirme que l'*affectio societatis* qui dérive du droit romain doit être rayée de la définition de la société. – V. CUISINIER, « L'*affectio societatis* », Litec, 2008, bibliothèque de droit de l'entreprise, Préface A. MARTIN-SERF, n° 584 et 585, p. 497 et s : « inventé à la fin du XIX^{ème} siècle, la notion d'*affectio societatis* est une doctrine de passé...plus institutionnelle que contractuelle, la notion d'*affectio societatis* renferme un dogme qui n'est plus adapté aux besoins de notre temps ». Bien que l'auteur affirme le caractère contractuel, précise que l'*affectio societatis* n'est pas juridiquement nécessaire au contrat de société. Celui-ci tient en équilibre sur ses éléments constitutifs sans avoir besoin de cette expression latine.

³²³ P. DIDIER et B. SAINT-ALARY, Encyclopédie Dalloz, Société, V. « Société », n° 75 : la doctrine et la jurisprudence ont eu raison de ne pas limiter les éléments caractéristiques du contrat de société aux deux seuls éléments visés par l'article 1832, à savoir la mise en commun d'apports et le partage des résultats. Mais à notre avis, elles ont tort d'appeler ce troisième élément *affectio societatis*, ce qui a fait croire qu'il était un élément subjectif. En réalité, le droit de participer aux décisions collectives, qui est le troisième élément caractéristique de la société...et maintenant que l'article 1844 (C. Civ) l'a clairement explicité, il y aurait tout avantage de se débarrasser de l'expression ambiguë d'*affectio societatis* ». – V. également : P. DIDIER, « Droit commercial L'entreprise en société Les groupe de sociétés », t. 2., PUF, 3^e éd., 1999, p. 33. – J.-M. BERMOND DE VAULX, « Le spectre de l'*affectio societatis* » : JCP E 1994, I, 346.

³²⁴ B. PETIT, « Droit des sociétés », Litec, 5^e éd., 2010, n° 35, p. 26.

³²⁵ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, 2001, n° 492, p. 213. – V. CUISINIER, « L'*affectio societatis* », Litec, 2008, bibliothèque de droit de l'entreprise, Préface A. MARTIN-SERF, 585, p. 501 : Selon cet auteur, l'*affectio societatis* est un pieux mensonge qui doit définitivement être oubliée au profit d'une analyse rigoureuse des rapports entre le contrat de société et le droit commun des contrats. – Cependant, la conclusion de V. CUISINIER, est contradictoire, puisque cette analyse rigoureuse ne peut pas consister dans une autre chose que celle de l'*affectio societatis* et qui marque la spécificité du contrat de société. Plus clairement, on peut même affirmer que du moment même où l'auteur propose de remplacer l'*affectio societatis* par un autre élément ou, plus précisément, par une analyse qui marque la spécificité du contrat de société, c'est avouer, par ailleurs, la nécessité d'un élément supplémentaire autre ceux exigés par l'article 1382 et 1383 du Code civil. Il faudrait mieux donc appeler cet élément, qui consiste à rechercher si les associés avaient l'intention de conclure une société et non un autre contrat, *affectio societatis* qui une notion connue.

³²⁶ Cependant, on peut admettre que l'article 1833 y fait référence, aux termes duquel, la société est constituée dans l'intérêt commun des associés.

³²⁷ V. cependant A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 75, p. 75 : l'*affectio societatis* étant plus un sentiment qu'un concept juridique. Toutefois, l'auteur affirme que

societatis est, traditionnellement, imposée et présentée par la jurisprudence comme le troisième élément spécifique et nécessaire à l'acte de société. La jurisprudence affirme de manière constante qu'il saurait y avoir de société sans une volonté de s'associer³²⁸.

93. Cet élément n'est pas uniquement un critère de qualification³²⁹, mais aussi un critère d'existence ou de validité d'une société. D'une part, puisque la qualification est une question de droit, la Cour de cassation ne se borne pas à sanctionner la dénaturation ou le manque de base légale dont pourraient être entachées les décisions rendues par les juges du fond ; elle use de son pouvoir de requalification si les éléments dont elle a connaissance lui permettent de découvrir l'existence d'un autre contrat³³⁰. D'autre part, l'utilisation de cette notion dépasse le seul domaine de la distinction entre le contrat de société et les contrats voisins³³¹. Plus clairement, la qualification peut s'opérer tant à l'égard d'autres institutions qui sont voisines de la société qu'au regard du néant. Il en résulte que la société est considérée comme fictive en l'absence de cet élément³³².

94. De plus, l'*affectio societatis* est un concept mais avant tout une notion fonctionnelle. L'analyse des décisions jurisprudentielles fait apparaître le caractère indispensable de la notion dans deux séries d'hypothèses qu'il convient de bien différencier³³³. L'*affectio societatis* est nécessaire non seulement à la constitution, mais aussi à la permanence du groupement³³⁴. Dans la première situation, la question qui se pose au juge est celle de l'existence d'une société, dans la seconde, c'est au regard du fonctionnement de la société que la notion intervient³³⁵. Il faut bien distinguer ces

les incertitudes qui enveloppent la notion n'ont pas nui à son emploi comme critère du contrat de société.

³²⁸ Cass. com., 10 juin 1953 : JCP G 1954, II, 7908, note D. BASTIAN. – CA Paris 24 novembre 1989 : JCP E 1991, I, 61, n° 3, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN : il n'y a pas de société sans entreprise commune. – Cass. civ., 3^e, 22 juin 1976 : D. 1977. 619, note P. DIENER. – Cass. civ. 3^e, 8 janvier 1975 : Rev. sociétés 1976, p. 301, I, note BALENSI. – Cass. com. 10 février 1998 : Bull. joly 1998, p. 767, § 249, note J.-J. DAIGRE. – Sur la preuve d'*affectio societatis* : Cass. civ., 1^{re}, 4 novembre 1987 : Rev. sociétés 1987, note Y. GUYON.

³²⁹ Cass. civ. 27 octobre 1971 : Bull. civ. II, n° 289, p. 211.

³³⁰ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 179, p. 134.

³³¹ A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 75, p. 75

³³² Cass. 3^e civ., 22 juin 1976 : D. 1977. 619, note P. DIENER. – Paris 26 janvier 1986 : RTD com., 1986, p. 518, n° 2, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET. – Sur le danger d'être associé de complaisance : Paris 8 novembre 1989 : Bull. joly 1990, p. 98, n° 21, M. JEANTIN ; JCP E 1990, II, 15677, n° 3, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

³³³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 177, p. 130.

³³⁴ B. PETIT, « *Droit des sociétés* », Litec, 5^e éd. 2010, n° 35, p. 25 et s. – Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 124, p. 132.

³³⁵ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 177, p. 130. – V. aussi, Cass. civ., 1^{re}, 1^{er} octobre 1996 : Dr. sociétés 1996, n° 225, note Th. BONNEAU. – Paris 3 juillet 1991 : Rev. sociétés 1991, 825, note Y. GUYON. – Paris, 10 mai 1995 : JCP E 1995, I, 505, n° 1, obs. A. VIANDIER, et J.-J. CAUSSAIN.

deux situations puisque la première concerne l'existence de la société, alors que la seconde a trait à son aptitude à durer³³⁶.

95. Toutefois, si la société suppose une entente minimum, sans laquelle une dissolution anticipée serait inévitable³³⁷, il importe de souligner que l'*affectio societatis* est, avant tout, une condition d'existence de la société. A ce titre, il faut apprécier sa présence lors de la création de la société³³⁸. La notion intervient également comme critère de la qualité d'associé³³⁹ et même, semble-t-il, comme condition de cession de droits sociaux³⁴⁰.

96. Il convient de remarquer que la jurisprudence a refusé pendant longtemps de fournir une définition de l'*affectio societatis* ou de se prononcer sur son contenu, se bornant à préciser qu'elle se distingue de la participation aux bénéfices et aux pertes³⁴¹. Cependant, dans un arrêt du 3 juin 1986, la Cour de cassation a donné sa propre définition³⁴² en reprochant aux juges du fond de n'avoir suffisamment caractérisé cet élément qui demeure subjectif : « attendu que pour accueillir cette demande la Cour d'appel a déclaré que M. R., a, au moins jusqu'en 1986 exprimé une affectio societatis en s'intéressant à la gestion du fonds du commerce et en participant, sinon à ses bénéfices du moins à ses dettes et à ses charges ; attendu qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel, qui n'a pas recherché si en s'intéressant à la gestion du fonds M. R. 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, na pas donné de base légale à sa décision » .

³³⁶ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 177, p. 130.

³³⁷ Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 124, p. 130. V. également : P. BISSARA, « L'intérêt social » : Rev. sociétés 1999, 5. – D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés » : JCP G 1994, I, 3793. – M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires » : Cahier de dr. de l'entreprise 1996, n° 4, p. 13. – A. PIROVANO, « La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise » : D. 1997, p. 189. – Cass. civ., 3^e, 8 juillet 1998 : JCP G 1999, I, 118, n° 1, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN. – V. cependant, l'absence d'*affectio societatis* n'entraîne pas à elle seule, la dissolution de la société : CA Aix-en-Provence, 1^{er} avril 1983 : Bull. joly 1984, p. 1004, n° 368-1. – E. SCHAEFFER, « Des causes d'ordre public de dissolution de la société », in *Dix ans de conférence d'agrégation*, Étude de droit commercial offertes à J. HAMEL, Dalloz 1961, n° 25, p. 241.

³³⁸ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 178, p. 131 et la jurisprudence citées, spécialement : civ. 1^{re}, 24 octobre 1978 : JCP G 1979, IV, 7.

³³⁹ A. AMIAUD, « L'*affectio societatis* », Mélanges SIMONIUS, op. cit. – Sur l'exclusion d'un associé pour défaut d'*affectio societatis* : Poitiers 25 mars 1992 : Dr. sociétés, avril 1993, p. 1, note J.-M. DE BERMOND DE VAULX.

³⁴⁰ Cass. com., 21 janvier 1997 : RD bancaire et bourse 1997, n° 1, p. 69, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE.

³⁴¹ N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* » : Rev. sociétés 2000, p. 425.

³⁴² Cass. com., 3 juin 1986 : Rev. sociétés 1986, p. 585, note Y. GUYON. – Cass. com., 9 avril 1996 : Rev. sociétés 1997, p. 81, note F. BÉNAC-SCHMIDT.

La Cour de cassation manifeste ainsi son intention de contrôler la notion, tout en adoptant une définition minimale susceptible de nuances et en montrant ainsi sa volonté d'en faire une notion à contenu variable³⁴³.

97. Dans cet ordre d'idée, nous savons que cette locution latine fait l'objet de deux conceptions qui ont essayé d'en forger le contenu afin de dégager l'unité du concept.

Une première conception objective, issue de la doctrine classique, voyait dans l'*affectio societatis* une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire³⁴⁴. Tout d'abord, le caractère volontaire et actif permettait de distinguer la société des états subis et non voulus. Ensuite, le caractère intéressé fournissait le critère de distinction entre l'association et la société. Enfin, la collaboration voulue devait être égalitaire, ce qui la rapprochait de l'obligation de bonne foi dans les relations sociales³⁴⁵. Pourtant, cette théorie n'est pas à l'abri des critiques : « certains associés se comportent comme les maîtres de l'affaire. Les autres n'ont ni les moyens, ni même souvent l'intention de s'immiscer dans la gestion, voire seulement de la contrôler »³⁴⁶. Cependant, quelque chose reste vrai dans la doctrine classique. Même s'il est incomplet, même s'il demeure le plus souvent à l'état latent, le droit de contrôler et de critiquer le déroulement des affaires sociales continue à caractériser la situation de l'associé³⁴⁷.

En revanche, une seconde conception subjective, défendue particulièrement par le Doyen HAMEL³⁴⁸, soutient que l'*affectio societatis* est un élément psychologique et strictement individuel. Selon cette conception l'*affectio societatis* suppose deux

³⁴³ N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* » : Rev. sociétés 2000, p. 425.

³⁴⁴ Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 124, p. 130. – P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », Ann. Dr. com. 1906, p. 153. – A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 77, p. 78 : qui définit l'*affectio societatis* comme la volonté de collaborer ensemble sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune. – Cass. 3 juin 1986 : Rev. sociétés 1986, p. 585, note Y. GUYON.

³⁴⁵ N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* » : Rev. sociétés 2000, p. 425.

³⁴⁶ Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 124, p. 131.

³⁴⁷ Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 124, p. 131 : Y. GUYON constate également que lors des nationalisations décidées par la loi du 11 février 1982, l'État a acquis la propriété de toutes les actions émises par les sociétés nationalisables. En effet, le maintien de participations privées, même très minoritaires, ne lui aurait pas assuré le contrôle absolu de ces sociétés. Cet auteur constate aussi, à propos de corporate governance, bien que le mouvement soit ambigu, une renaissance de l'*affectio societatis* : les investisseurs institutionnels contrôlent étroitement la gestion des sociétés dans lesquelles ils placent les fonds de leurs clients et demandent également que les conseils d'administration soient plus indépendants de la direction et jouent un rôle plus actif.

³⁴⁸ J. HAMEL, « L'*affectio societatis* » : RTD civ., 1925, p. 762. – En ce sens : J.-M. DE BERMOND, « Le spectre de l'*affectio societatis* » : JCP E 1994, I, 346, p. 183 : la notion demeure purement subjective.

éléments : une volonté d'union ou une convergence d'intérêts³⁴⁹. Dans la pensée de l'auteur, la volonté d'union dans un but intéressé, étant le premier élément nécessaire, est complétée par un second élément relatif à l'acceptation des risques inhérents à la vie de la société³⁵⁰. Cependant, si cette conception paraît plus satisfaisante que la première, elle se révèle, de l'aveu de son auteur, difficile à mettre en œuvre.

Actuellement, il apparaît que la doctrine moderne adopte une conception dite pluraliste³⁵¹ : chacune des deux conceptions précédentes présente, en effet, des éléments intéressants qui ne s'excluent pas, mais qui se conjuguent plutôt. En effet, les aspects objectifs ne sont qu'une manifestation de l'élément psychologique et inversement, l'élément psychologique sera établi par la réunion d'indices objectifs³⁵² : l'existence ou le défaut d'apports, le partage du bénéfice, et, en cas de déficit, la contribution aux pertes.

98. Quelle que soit la conception adoptée, la validité et l'utilité de la notion comme élément de qualification impose de pouvoir la distinguer de certaines notions voisines. En effet, en dehors des attaques directes tendant à nier l'existence même du concept, les critiques s'adressent pour la plupart à l'autonomie du concept d'*affectio societatis* et consistent à l'assimiler à un autre concept existant³⁵³. Aussi faut-il réaffirmer que l'*affectio societatis* est un concept autonome même si cette autonomie n'exclut pas qu'il puisse exprimer une coloration particulière d'un autre élément nécessaire à la qualification d'acte de société.

D'abord, l'*affectio societatis* ne se confond pas avec la cause, laquelle est une notion plus large. L'*affectio societatis* n'en est, en réalité, que l'expression d'un élément

³⁴⁹ J. HAMEL, G. LAGARD et A. JAUFFRET, « Droit commercial », t. I, vol. 2, *Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques*, Dalloz, 2^e éd., 1980, n° 409. – Cass. civ., 1^{er} octobre 1996 : Dr. sociétés 1996, comm. 225, note Th. BONNEAU.

³⁵⁰ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai sur l'acte juridique collectif », LGDJ., 1961, p. 65 et s.

³⁵¹ P. DIENER, note sous Cass. 3^e civ., 22 juin 1976 : D. 1977, p. 619. préc. – P. MERLE et A. FAUCHON, « Droit commercial Sociétés commerciales », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 43, p. 73 et s. – Y. GUYON, « *Affectio societatis* », JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 20-10, Actualisé par A. MAIROT.

³⁵² N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : L'*affectio societatis* » : Rev. sociétés 2000, p. 425. – V. également A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 77, p. 78 : recherche-t-on l'existence d'une société. On fera alors référence à la conception psychologique. S'attache-t-on au fonctionnement ou à la dissolution de la société ? C'est la conception matérielle qui apparaît, parfois mêlée de psychologie, la participation aux affaires sociales. Cette incertitude nuit à l'utilisation de l'*affectio societatis* comme élément du critère de la notion d'associé. – J.-M. DE BERMOND, « Le spectre de l'*affectio societatis* » : JCP E 1994, I, 346, p. 183 : « au-delà de l'examen des critères objectifs tels que l'existence d'apports, le partage des bénéfices et, en cas de déficit, la contribution aux pertes : le comportement démontre une intention, celle d'être en société ».

³⁵³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 178, p. 132 ; même auteur, « De l'EURL. À la SASU ou du big bang à la transformation du concept de société par l'unipersonnalité », Petites affiches, 15 septembre 2000, n° 185, p. 48.

causal³⁵⁴. Si elle constitue un élément de qualification distinct, c'est parce que la qualification de société se détermine, en définitive, moins en fonction de la cause de ce contrat qu'en fonction d'un élément de celle-ci³⁵⁵.

Ensuite, l'*affectio societatis* ne se confond pas avec la bonne foi, bien que le contraire soit parfois soutenu en doctrine. Ainsi, pour A. VIANDIER, « l'incertitude sur le sens de la notion d'*affectio societatis* provient du décalage existant entre les analyses théoriques, qui en font une notion originale, et la réalité juridique, qui invite à tenir l'*affectio societatis* pour l'une des applications de l'obligation de bonne foi »³⁵⁶. Pour cet auteur, « *affectio societatis* et bonne foi ne font qu'une »³⁵⁷.

Certes, il est concevable de considérer, sous certaines réserves, que le concept d'*affectio societatis* englobe l'obligation de bonne foi³⁵⁸. En effet, l'*affectio societatis* exprime l'existence d'obligations à la charge des associés et ces obligations doivent être exécutées avec une bonne fois renforcée. Pourtant, l'assimilation totale entre les deux concepts est certainement erronée, et Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE a adressé à cette conception des critiques décisives³⁵⁹. Tout d'abord, une telle assimilation conduit à dire que l'*affectio societatis* ne serait génératrice que d'obligations alors qu'elle comporte aussi un côté positif générateur de droits pour les associés³⁶⁰. « Pour s'en convaincre, il suffit de constater que toutes les solutions fondées sur l'*affectio societatis* ne concernent pas un devoir de coopération »³⁶¹. Ensuite, « l'assimilation provoque plus de difficultés qu'elle n'est censée en résoudre ; elle ne lève aucune incertitude et suscite les mêmes interrogations mais sur le terrain de la bonne foi »³⁶².

³⁵⁴ V. en ce sens : L. BOYER, « La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif », thèse, Toulouse, éd. Sirey 1947, p. 213. – F. TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur la qualification », éd. LGDJ., 1956, n° 300, p. 275 : Selon F. TERRÉ, lorsque deux ou plusieurs individus s'associent, ils n'envisagent pas seulement le fait qu'ils coopéreront en commun et accepteront des aléas communs. Ils envisagent la vocation de chacun à réaliser des bénéfices, la constitution de fonds sociaux, la mise en commun des apports. – Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 180, p. 138.

³⁵⁵ F. TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur la qualification », LGDJ., 1956, n° 300, p. 275.

³⁵⁶ A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, p. 76. – V. par exemple Cass. com., 18 mai 1982 : Rev. sociétés 1982, p. 804, note P. LE CANNU.

³⁵⁷ A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 78, p. 79. – En ce sens, G. SOUCL, « L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales », thèse Lyon 1974, p. 343.

³⁵⁸ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 178, p. 132 et 133 : « Même si l'*affectio societatis* a des liens avec la bonne foi, cela ne signifie pas que les deux concepts se confondent ».

³⁵⁹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 178, p. 133.

³⁶⁰ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 178, p. 132 ; V. également, Ibid, note n° 3 : « Au demeurant admettre la proposition suppose d'adhérer à la conception qui assimile la bonne foi au devoir de coopération. Il faut au surplus admettre que la bonne foi se définit par le même devoir. Or, il n'est pas exacte de réduire l'*affectio societatis* à cette seule facette ».

³⁶¹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 178, p. 133.

³⁶² Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 178, p. 133. V. également, Ibid, p. 132, note n° 3 : les efforts d'A. VIANDIER, le conduisent à assimiler l'*affectio societatis* à un autre concept dont le sens et la portée sont peut-être encore plus incertains que ceux de l'*affectio societatis*.

Enfin, A. VIANDIER décompose les deux aspects, passif et actif, de *l'affectio societatis*, tant pour douter de sa valeur de référence à la notion d'associé, que pour la remplacer par un autre élément (le droit d'intervenir dans les affaires sociales) que l'auteur refuse de considérer comme un élément de *l'affectio societatis*. Or *l'affectio societatis* est ces deux aspects à la fois sans que l'on puisse la réduire à l'un ou à l'autre.

En définitive, si *l'affectio societatis* constitue un élément de qualification de l'acte de société, il convient de constater son absence dans la société unipersonnelle.

B. L'absence d'affectio societatis dans la société unipersonnelle

99. À l'absence d'*affectio societatis* correspond une absence de qualification sociale. Consciente de cette évidence, la doctrine a essayé de montrer l'existence d'un minimum d'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle³⁶³. Ces tentatives

³⁶³ Certains auteurs admettent son existence dans les sociétés unipersonnelles : - K. RONDRIGUEZ, « *Réflexion sur la société anonyme unipersonnelle* » : Bull. july 2006, p. 16 : *l'affectio societatis* deviendrait dans la société unipersonnelle la volonté de l'associé unique d'une personne morale de créer et de faire fonctionner une entreprise dont le patrimoine ne serait confondu avec le sien. - A. PERROT, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : la société unipersonnelle* », thèse, Paris I, 1990, n° 201, p. 216 : « *L'affectio societatis* conserve une valeur de référence comme intention de se comporter en associé d'une personne morale. C'est l'engagement de vouloir réaliser l'objet social de la société : engagement vis-à-vis de la personne morale et du groupe social ». - M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010 n° 136, p. 76 : « *si l'affectio societatis, en tant que volonté de s'associer, existe dans toutes les sociétés, y compris unipersonnelles, son contenu est variable selon que la forme choisie et la rédaction du pacte social prennent plus ou moins en compte les motivations particulières des associés* » ; V. également *ibid.*, n° 1099, p. 553 : « *la multiplication des sociétés unipersonnelles en droit français (EURL, EARL, SASU, SELARL unipersonnelle, SELAS unipersonnelle) impose de reconsidérer la conception classique qui analyse la société comme un contrat et conforte l'analyse selon laquelle la société est un acte unilatéral, collectif ou individuel, selon que la société est pluripersonnelle ou unipersonnelle* ». - V. également, Cass. Com. 8 mars 2005 : Rev. Sociétés 2005, p. 817, obs. A. VIANDIER, à propos de « *promesse de cession de droit sociaux et affectio societatis* » : En l'espèce une EURL exploitant un laboratoire d'analyse de biologie médicale. L'associé unique a consenti une promesse de cession d'un certain nombre de parts à l'une de ses salariées. Suite à une dissension entre la promettante et la bénéficiaire, cette dernière a décidé de lever l'option et la promettante a refusé d'exécuter la promesse. La Cour d'appel de Nîmes a donné raison à la bénéficiaire et a constaté la cession des parts sociales au nombre et au prix convenu dans la promesse. Cependant, la chambre commerciale de la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la Cour de Nîmes pour avoir méconnu l'objet de litige tout en approuvant les motivations de la promettante qui soutenait dans ses conclusions que « *la volonté de collaborer à une œuvre commune sur un pied d'égalité n'existait plus entre elle et la bénéficiaire de la promesse et qu'en l'absence de cet élément déterminant à la constitution d'une société, la promesse de société ne saurait aboutir à la création d'une société entre elle et la bénéficiaire* ». Selon A. VIANDIER, la vérification de *l'affectio societatis* intervient au moment de l'exécution de la promesse, date avec laquelle le bénéficiaire s'associe avec le promettant. Plus clairement, la vérification de *l'affectio societatis* intervient au moment où la société devient pluripersonnelle et non à l'origine de la société. Pour cet auteur le bon sens commanderait de procéder de cette manière, car si *l'affectio societatis* implique une volonté de collaborer, celle suppose la présence d'au moins deux personnes...cependant, le bon sens n'est peut-être pas un bon guide en l'espèce. - Certains auteurs adoptent une position ambiguë : Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, n° 125, p. 133 : « *l'affectio societatis* a aussi un caractère original dans les sociétés unipersonnelles. Toute volonté de collaboration étant exclue par hypothèse, l'associé ne peut que rechercher une limitation de son obligation au passif ». - F. LEFEBVRE, « *Droit des*

doctrinales ne sont pas condamnables dans la mesure où la notion de société suppose inévitablement l'existence de cet élément. Cependant, cette doctrine est critiquable et relève en quelque sorte de la comédie juridique. Ou plutôt, ce n'est que par abus du langage que certains auteurs se sont orientés dans cette voie en recourant à des explications artificielles, contradictoires et qui n'aboutiront, en fin de compte, qu'à la déformation de la notion et même à sa négation³⁶⁴.

100. En effet, pour rechercher une conception unitaire de l'*affectio societatis* qui puisse s'appliquer tant à la société pluripersonnelle qu'unipersonnelle, une partie de la doctrine a tenté de redéfinir le contenu de cette notion. Les auteurs ont ainsi proposé deux définitions subjectives de l'*affectio societatis* en considérant celle-ci, soit comme la volonté de constituer une société³⁶⁵, soit comme un élément causal consistant dans la volonté de courir les risques, inhérente à l'activité de l'entreprise.

101. Peut-on, d'abord, réduire l'*affectio societatis* à la volonté ou à l'intention de créer une société ? L'assimilation entre les deux notions peut sans doute se réclamer de la signification même du mot « *affectio* », qui désigne, dans le Digeste, la faculté de

sociétés », Mémento pratique n° 740, p. 76, et n° 478 : « de toute évidence, elle ne peut toutefois pas être imposée...au moment de la constitution d'une société unipersonnelle (EURL, SASU). Dans le cas d'une telle société, elle doit être prise en compte au moment de l'entrée d'un coassocié. Néanmoins, dans une société unipersonnelle, la volonté de se comporter en associé et non en entrepreneur individuel doit exister chez l'associé unique tant à la constitution qu'ultérieurement sous peine de voir la société tenue pour fictive en raison de la confusion du patrimoine social et de celui de l'associé ».

³⁶⁴ Ainsi, une partie de la doctrine exclut expressément toute référence à l'*affectio societatis* en matière de société unipersonnelle : B. PETIT, « Droit des sociétés », Litec, 5^e éd. 2010, n° 31, p. 23 : « l'élément psychologique de la société réside, de manière générale, dans une volonté de collaboration qui ne peut à l'évidence être exigée lorsque la société compte un seul associé ». – P. LE CANNU et B. DONDERO, « Droit des sociétés », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 101, p. 62 : « dans une société unipersonnelle, il n'y a pas d'intention de collaborer, mais seulement une intention de bénéficier du régime spécifiques de ces sociétés ». – P. MERLE et A. FAUCHON, « Droit commercial Sociétés commerciales », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 43, p. 74 : « dans l'EURL et la SASU, faute de pluralité d'associés, il ne peut y avoir d'*affectio societatis* de la part de l'associé unique, mais celui-ci doit se comporter en tant que membre d'une personne morale, en évitant surtout toute confusion entre le patrimoine social et ses biens personnels ».

³⁶⁵ P. SERLOOTEN, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : D. 1985, chron., p. 187. – V. également, même auteur, « L'*affectio societatis* : une notion à revisiter », art. préc. – P. SERLOOTEN, M.-H. MONSÉRIÉ et Y. LIBERI, « Les sociétés unipersonnelles » : éd., Joly 2008, n° 63, p. 34 : « lorsque la société est unipersonnelle, l'intention de s'associer ne peut être que l'intention de créer une société ; c'est-à-dire que l'associé unique doit avoir la volonté de faire vivre la société, de se comporter comme le membre d'une personne morale. Il doit avoir donc le souci de respecter l'objet social dans la gestion quotidienne et celui d'éviter toute confusion entre les biens sociaux et ses biens personnels ». – En ce sens, M.-A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », Paris, L'Harmattan, 2009, coll. études Africaines, Préface P.-G. POUGOUE, n° 332, p. 211 : cependant pour cet auteur, dans la société unipersonnelle l'*affectio societatis* n'a pas un rôle positif qui permettrait de qualifier de société, une situation de fait. On imagine difficilement une société unipersonnelle créée de fait car le but de la société n'est plus de collaborer ou de partager des bénéfices mais d'isoler un patrimoine afin de limiter les risques courus par l'exploitant ou de constituer les filiales dont la société mère est le seul associé. Mais, selon cet auteur, l'*affectio societatis* conserve son utilité dans l'hypothèse de société unipersonnelle. Il aura un rôle négatif permettant de disqualifier une société unipersonnelle si l'associé unique a poursuivi un but autre la constitution d'une société.

vouloir, l'intention³⁶⁶. Ainsi, pour certains auteurs, « à la vérité, il n'y a là qu'un caractère particulier du consentement. Il se ramène à dire, comme le disait le droit romain impérial, qu'il faut l'*animus contrahendae societatis*. On pourrait en dire autant pour tous les contrats : le consentement doit être donné en connaissance de la nature du contrat conclu »³⁶⁷. Et il est vrai aussi que, lors de la conclusion du contrat, les deux notions sont voisines et que le consentement paraît entretenir une liaison intime avec l'*affectio societatis*. Pour autant, les deux notions ne s'identifient pas.

En premier lieu, la spécificité du contrat de société interdit que soient confondus consentement et *affectio societatis*³⁶⁸. Tout d'abord, le consentement se définit comme la volonté de conclure une convention quelconque et l'*affectio societatis* demeure, certes, un aspect précis de ce dernier puisqu'il s'agira bien de la volonté de conclure une convention de société³⁶⁹. Cependant, comme l'avait souligné le Doyen HAMEL, tous ceux qui passent un contrat ont ou doivent avoir la volonté de passer ce contrat et il n'a jamais été parlé d'*affectio emptionis venditionis* ou d'*affectio locationis*³⁷⁰. Ensuite, il semble que l'*affectio societatis* ne s'insère dans le consentement qu'au prix d'une déformation des concepts³⁷¹. D'une part, si l'*affectio societatis* permet au juge de contrôler la qualification du contrat de société, il n'offre pas la possibilité de vérifier si le consentement a été donné d'un commun accord³⁷². D'autre part, le défaut *affectio societatis*, s'apparente en effet davantage au défaut de concordance des volontés individuelles, laquelle caractérise le contrat³⁷³. En tout état de cause, on peut affirmer que l'*affectio societatis* se distingue du consentement par son caractère permanent³⁷⁴. Selon B. PETIT, « alors que le consentement n'exprime que l'adhésion d'un

³⁶⁶ Y. GUYON, « *Affectio societatis* », JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 20-10, Actualisé par A. MAIROT, ° 1.

³⁶⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-34. – V. également, Circulaire du ministre de la justice du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire : JCP G 1977, III, 46255 : cette circulaire propose, en effet, de remplacer la formule latine par « *intention de s'associer* ». – Cette confusion a été parfois entretenue par la jurisprudence : Req. 8 janvier 1872, 1, 194. – Cass. com., 6 octobre 1953 : S. 1954, 1, 149, note ROBERT – D. 1954, 25 ; RTD com., 1954, p. 838 : « *attendu que l'arrêt attaqué, pour déclarer nulle la société en cause, a constaté l'absence de consentement résultant du défaut d'affectio societatis chez l'un des associés* ». – Cass. com., 12 octobre 1993 : JCP G 1994, I, 3746, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; JCP N 1994, II, p. 270, note Th. BONNEAU ; Bull. joly 1993, § 381, note M. JEANTIN ; RTD civ., 1994, p. 595.

³⁶⁸ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 77, p. 77 et s. : De là, le contenu de l'*affectio societatis* ne peut être défini comme la volonté de constituer une société.

³⁶⁹ N. REBOUL, « *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis* » : Rev. sociétés 2000, p. 425.

³⁷⁰ J. HAMEL, « *Quelques réflexions sur le contrat de sociétés* », Mélanges DABIN, t. II, p. 645.

³⁷¹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 179, p. 135.

³⁷² Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 179, p. 135.

³⁷³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 179, p. 135.

³⁷⁴ V. B. PETIT, « *Droit des sociétés* », Litec, 5^e éd., 2010, n° 35, p. 26 : qui précise que l'*affectio societatis* ne se distingue du consentement que par son caractère permanent.

instant, l'*affectio societatis*, semblable en cela à l'intention matrimoniale, se perpétue aussi longtemps que dure la société »³⁷⁵. Plus précisément, l'*affectio societatis* est nécessaire non seulement à la constitution mais aussi à la permanence du groupement. Ainsi, selon Y. GUYON, l'*affectio societatis* est plus que le consentement à un contrat instantané. Elle explique pourquoi les associés ont le droit de contrôler la gestion. Elle motive la prohibition des clauses léonines qui constitueraient de trop grave rupture d'égalité³⁷⁶.

En second lieu, la notion de société en formation implique de distinguer *affectio societatis* et consentement. Dans sa conception objective, l'état de formation ne peut être déduit ni d'une simple intention de constituer une société ni même d'éventuels pourparlers engagés à cet effet entre les futurs associés³⁷⁷. Selon cette conception, le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales exige des actes nécessaires, univoques et exceptionnels³⁷⁸. L'univocité signifie que les actes préparatoires ont une finalité spécifique qui consiste à matérialiser nettement, par une opération concrète, la volonté de créer une société³⁷⁹. « Il s'agit de préparer de façon très précise et efficace l'exploitation future dans le dessein d'assurer le démarrage le plus rapide possible, dès l'immatriculation et ce dans les meilleures conditions »³⁸⁰. Il ne faut cependant pas entendre le terme *exceptionnel* de façon excessive. Il s'agit d'actes de création, d'organisation pour l'avenir et de mise en marche. En ce sens, si la création de la société justifie leur existence, leur absence en revanche rendrait évanescence, voire illusoire toute volonté réelle d'entreprendre³⁸¹. Cette conception est également celle de l'administration fiscale qui exige « un acte opposable aux tiers et partant inhérent à la procédure de constitution établie par les dispositions législatives et réglementaires »³⁸².

³⁷⁵ B. PETIT, « Droit des sociétés », Litec, 5^e éd., 2010, n° 35, p. 26. – V. également, Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd. Economica, 2003, n° 124, p. 132 : l'*affectio societatis* « s'apparenterait au consentement à un contrat de mariage, qui est non seulement la volonté de contracter l'union, mais celle de mener la vie conjugale. Elle traduirait l'obligation de bonne foi qui incombe aux associés tant majoritaires que minoritaires pendant toute la durée de la vie sociale. Les associés doivent agir dans l'intérêt commun et, dans leurs relations bilatérales, se témoigner une confiance réciproque ».

³⁷⁶ Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd. Economica, 2003, n° 124, p. 127.

³⁷⁷ N.-F. RAAD, « L'abus de la personnalité morale en droit privé », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 94, p. 93.

³⁷⁸ D. PLANTAMP, « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales » : RTD com., 1994, p. 1.

³⁷⁹ D. PLANTAMP, « Le point de départ de la période de formation... », article préc.

³⁸⁰ D. PLANTAMP, « Le point de départ de la période de formation... », article préc.

³⁸¹ D. PLANTAMP, « Le point de départ de la période de formation... », article préc., on a parfois exigé, de manière un peu péremptoire, que l'acte dont il s'agit implique « la création d'un lien de droit ». En tout cas, c'est souligner l'intensité, le caractère personnel et positif des agissements en cause. – En ce sens, V., Orléans 22 février 1978 : JCP 1980, n° 19403, note Y. GUYON. – J.-P. SORTAIS, note sous Cass. com., 17 mai 1989 : Rev. sociétés 1990, p. 32 et s.

³⁸² N.-F. RAAD, « L'abus de la personnalité morale en droit privé », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 94, p. 93 : à s'en tenir à cette conception, les sociétés par actions faisant appel public à l'épargne, seraient considérées comme étant en formation, à partir du dépôt au greffe du tribunal de commerce

Dans la conception subjective, il faudrait pour qu'il y ait société en formation, qu'ait été accompli un acte dont la cause ne puisse résider que dans la volonté de constituer une société et dont l'objet se rattache sans ambiguïté à l'existence de l'entreprise sociale³⁸³.

Selon N.-F. RAAD, ces deux conceptions paraissent converger sur un point : la volonté ou l'intention de constituer une société n'est pas à elle seule suffisante comme critère de l'état de formation. Il fallait dès lors parfaire cette volonté en faisant appel, selon la première, à la notion d'opposabilité à l'égard des tiers et, selon la seconde, à la notion d'entreprise sociétaire³⁸⁴. Il s'ensuit que même la combinaison de ces deux conceptions n'autorise pas à réduire l'*affectio societatis* à l'intention de constituer une société³⁸⁵.

Dans le même sens C. CUTAJAR-RIVIÈRE affirme que le rattachement au consentement, d'une part, est impuissant à rendre compte de l'aptitude de l'*affectio societatis* à servir de critère de qualification à l'acte de société et, d'autre part, ne pourrait pas servir à qualifier la société résultant d'un acte juridique unilatéral. Or, selon cet auteur, cette entité est bien une société, ce qui impose la recherche d'un critère de qualification unique³⁸⁶.

102. C'est la raison pour laquelle C. CUTAJAR-RIVIÈRE, propose une autre explication, en voyant dans l'*affectio societatis* une volonté de courir les risques, inhérente à l'activité de la société³⁸⁷.

Selon cet auteur, la société doit demeurer un concept unitaire, au-delà de la diversité des formes qui sont mises à la disposition des utilisateurs, et cela même si les concepts doivent subir des mutations³⁸⁸. C'est donc la quête de l'unité du concept qui dicte cette démarche. L'auteur précise, en effet, que c'est au regard de sa fonction

du projet des statuts signés par les fondateurs. Alors que pour les sociétés par action ne faisant pas appel public à l'épargne et pour les sociétés à responsabilité limitée, le point de départ de la période de formation résultera, soit des premiers dépôts des fonds provenant des souscriptions, soit au cas d'apport en nature de la désignation du commissaire aux apports chargés d'évaluer l'apport en nature. Enfin pour les sociétés de personnes, la période de formation débutera par l'établissement des statuts de la société.

³⁸³ V. à propos de cette conception : N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 95, p. 93 et s. – Cl. CHAMPAUD, Rev. sociétés 1969, p. 993 et s. – D. PLANTAMP, « *Le point de départ de la période de formation...* », article préc.

³⁸⁴ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 96, p. 94.

³⁸⁵ Pour une conception mixte de la notion de société en formation, V. D. PLANTAMP, « *Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales* » : RTD com., 1994, p. 1 : selon cet auteur « *le point de départ du période de formation des sociétés commerciales peut être fixé au moment où la volonté des fondateurs de participer à une entreprise commune, manifestée clairement se concrétise par des actes nécessaires, univoques et exceptionnels* ».

³⁸⁶ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 179, p. 135.

³⁸⁷ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *De l'EUROL. À la SASU ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité* », Petites affiches, 15 septembre 2000, n° 185, p. 48.

³⁸⁸ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 181, p. 140.

qu'il convient d'analyser les liens que la notion entretient avec les éléments communs à tous les actes juridiques. Il devient possible de cerner le contenu du concept à partir de son élément de rattachement³⁸⁹. Il ne s'agit pas de la cause abstraite et objective, laquelle réside dans le partage du bénéfice ou le profit de l'économie et son corollaire, la contribution aux pertes, mais de l'aspect subjectif de la cause. *L'affectio societatis* n'est rien d'autre que l'expression d'un élément causal³⁹⁰. *L'affectio societatis* ne se confond pas avec la cause, dont le domaine est plus étendu. Elle n'en est qu'un élément. La cause se compose en effet d'éléments objectifs et subjectifs, et *l'affectio societatis*, élément causal, va fournir le critère de la qualification de la société³⁹¹.

Cependant, puisque c'est la société unipersonnelle qui est à la base de cette conception, l'auteur propose de supprimer la volonté d'union de la notion d'*affectio societatis* et de réduire le contenu de ce concept au plus petit commun dénominateur : l'acceptation des risques. La volonté d'union n'a, en effet, dans la société unipersonnelle aucun sens, à moins de conclure à l'inexistence de *l'affectio societatis* dans ce type de société³⁹².

Pour cet auteur, la pluralité d'associés n'est plus de l'essence de la société. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* ne repose plus sur l'idée d'une volonté d'union. Si elle continue à être exigée pour les sociétés nées d'un contrat, ce ne peut plus être sur le fondement de *l'affectio societatis*, mais sur celui de l'article 1833 du Code civil aux termes duquel toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés. Cette disposition, cependant, ne peut à l'évidence concerner la société constituée par l'acte de volonté d'une seule personne³⁹³. Selon Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *l'affectio societatis*, entendue comme l'acceptation des risques nés de la création de la société, paraît être un critère acceptable de l'existence de la société, que celle-ci résulte d'un contrat ou d'un acte juridique unilatéral, lorsqu'il s'agit de découvrir la volonté réelle à l'origine de la création de la société³⁹⁴. Autrement dit, la recherche d'un critère de qualification unique impose de ramener *l'affectio societatis* à l'acceptation des risques nés de la création de la société³⁹⁵ : d'une part, *l'affectio societatis* est bien le critère de l'existence de la société et, d'autre part, la société unipersonnelle est bien une société. *L'affectio societatis* doit également exister lors de la création de cette entité.

En outre, toujours selon le même auteur, une telle conception ne contrarie pas les solutions positives, mais apporte un éclairage nouveau sur le concept d'*affectio societatis*³⁹⁶. En effet, l'analyse de la pratique de la société écran a permis de mettre en

³⁸⁹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 179, p. 134.

³⁹⁰ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 180, p. 138.

³⁹¹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 180, p. 138.

³⁹² Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 180, p. 138.

³⁹³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 180, p. 138.

³⁹⁴ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 181, p. 138.

³⁹⁵ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 179, p. 135.

³⁹⁶ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 181, p. 138.

évidence comment certains montages ne s'expliquent que par l'unique volonté d'échapper à tout aléa³⁹⁷. Ainsi, le concept d'*affectio societatis* peut jouer un rôle efficace dans la lutte contre les sociétés écran, il fournit l'instrument de l'analyse de la volonté à l'origine de l'acte créateur de la société, que cette volonté émane d'une ou de plusieurs personnes³⁹⁸.

Il est certain qu'en choisissant une forme sociale organisant le fonctionnement sur le mode de l'unipersonnalité, l'associé recherche une limitation de son obligation au passif. Mais lorsqu'il opte pour la technique sociétaire, il accepte de courir les risques inséparables de la notion même de société et de perdre pour le moins le patrimoine qu'il a affecté à la constitution de la société. Ce qui varie c'est le contenu des risques, leur étendue. Mais l'intention de les courir demeure la même, soit qu'elle existe, soit qu'elle n'existe pas³⁹⁹.

Enfin, selon cet auteur, le critère tiré de la volonté de courir les risques ou d'accepter les aléas ne se confond pas avec l'obligation de supporter les pertes, obligation intégrant elle aussi le concept de cause mais comme corollaire du partage des bénéfices ou du profit de l'économie. Le premier critère est subjectif et appréciable lors de la constitution de la société. Le second doit s'apprécier objectivement et cela ne sera possible qu'après que la société aura fonctionné. Il sera apprécié de la même manière quel que soit le type de société, qu'il s'agisse de société de personnes ou de société de capitaux⁴⁰⁰.

103. La conception développée par Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, aussi ingénieuse soit-elle, n'en doit pas moins être rejetée, purement et simplement. Lorsqu'il n'y a qu'une seule personne, l'intention d'accepter les risques inhérents à la vie de l'entreprise n'exprime pas autre chose que l'obligation de supporter les pertes. En outre, on ne voit pas pourquoi l'auteur attribue au premier critère (l'intention d'accepter les risques) une qualification subjective et au second (l'obligation de supporter les pertes) une qualification objective. De même, on ne voit pas pourquoi l'obligation de supporter les pertes ne doit s'apprécier que pendant le fonctionnement de la société.

En réalité, la conception subjective, qui fait de la notion de risque un composant essentiel de l'*affectio societatis*, se comprend aisément puisqu'elle est intimement liée à la nature aléatoire de l'acte de société. Cependant, il importe de déterminer en quoi consiste l'aléa ou le risque en matière de société avant d'envisager son application à la société unipersonnelle.

³⁹⁷ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 181, p. 139.

³⁹⁸ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 181, p. 139.

³⁹⁹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 181, p. 139 ; même auteur, « *De l'EURL. À la SASU ou du big bang à la transformation du concept de société par l'unipersonnalité* », Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185. p. 48.

⁴⁰⁰ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », op. cit., n° 181, p. 139.

104. En effet, d'après la conception subjective, défendue particulièrement par HAMEL, *l'affectio societatis* suppose, outre la volonté d'union, une acceptation directe des risques liés à la vie de la société. Néanmoins, après avoir admis l'acceptation des risques comme élément essentiel du contrat de société, l'auteur, prend le soin de déterminer ce qu'il faut entendre par risque en matière de société. Dans la même ligne que H. CAPITANT, l'auteur affirme que l'aléa dans ces contrats est l'un des éléments essentiels de la cause⁴⁰¹. Certes, le risque est lié à l'activité : pas d'activité sans risque⁴⁰². Toutefois, HAMEL précise que « *le risque de gain ou de perte est inhérent à toute activité humaine. Dans les autres contrats, le risque ne constitue pas un risque permanent au point d'en être une cause* »⁴⁰³. Plus clairement, les risques qui existent dans les autres contrats peuvent se retrouver dans le contrat de société, mais leur origine, leur nature ou leur importance relative est différente. Les associés s'unissent donc avec la volonté de courir en commun certains risques ; et cette volonté prend ici une place singulièrement plus importante que dans la plupart des autres contrats.

Plus clairement encore, l'acte de société est généralement classé parmi les actes aléatoires : l'activité sociale peut procurer des gains, mais peut aussi engendrer des pertes. Toutefois, toute activité commerciale, exploitée individuellement ou en société, est génératrice de risque. Il est donc douteux que l'aléa lié à l'acte de société résulte uniquement des risques de l'activité commerciale.

En effet, HAMEL, qui insiste sur le rôle capital que joue dans le contrat de société l'acceptation voulue du risque, évoque à plusieurs reprises les termes *acceptation des risques étendus, spécifiques et supérieurs* pour distinguer la notion de société ou la notion d'associé de certaines situations voisines. Ce qu'il faut souligner est que l'aléa lié à l'acte de société est un aléa spécifique et résulte essentiellement de la mise en commun d'apports. C'est ce que l'auteur paraît bien soutenir lorsqu'il écrit, « *s'il avait mis tout seul ses capitaux dans l'entreprise, il aurait couru les chances de gain et de perte attachées à l'exploitation : ce sont les mêmes chances qu'il va courir pour sa part sociale, accrues de tous les risques que comporte la présence d'autres associés. Et c'est pour lui un point capital* »⁴⁰⁴.

En d'autres termes, dans l'entreprise unipersonnelle, l'entrepreneur préfère ne pas subir les aléas résultant de l'exercice en commun de l'activité, alors que dans la société, les associés recherchent les bénéfices tout en acceptant les aléas de l'exercice en commun de l'activité. Cet exercice en commun de l'activité peut limiter leurs pouvoirs sur les biens apportés à la société et peut même modifier et transformer la

⁴⁰¹ « À la différence de motif qui est purement personnel et ordinairement inconnu d'autrui, le risque est donc un élément de contrat ; il fait partie de la manifestation de volonté de chaque contractant »

⁴⁰² N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 76, p. 76 et s : cet auteur insiste sur la liaison entre réalité collective et *affectio societatis*.

⁴⁰³ J. HAMEL, « *L'affectio societatis* » : RTD civ., 1925, p. 762.

⁴⁰⁴ J. HAMEL, « *L'affectio societatis* » : RTD civ., 1925, p. 762.

nature juridique de leurs droits sur ces biens. L'associé consent, en quelque sorte, à cesser d'être le seul maître de l'entreprise et à abdiquer partiellement ou totalement, selon le type de société, ses pouvoirs de gestion de l'entreprise pour les remettre aux mains de quelques dirigeants. On peut citer ainsi quelques manifestations de l'aléa lié à l'exercice en commun de l'activité en droit des sociétés.

En premier lieu, le droit aux bénéfices tend, du moins en cours de vie sociale, à devenir un droit virtuel, sa réalisation étant subordonnée non seulement à l'existence des bénéfices, mais encore à une décision collective de distribution. Par conséquent, les dividendes ont un caractère aléatoire. Plus clairement, « *les associés sont conviés chaque année à statuer sur la part des bénéfices de l'exercice écoulé à mettre en distribution (art. L. 232-12 C. com.). Le choix est d'ailleurs souvent délicat entre la mise en réserve et la distribution immédiate* »⁴⁰⁵. La décision oppose souvent les dirigeants sociaux aux associés ou actionnaires minoritaires⁴⁰⁶.

En deuxième lieu, l'apporteur risque de ne pas pouvoir reprendre son bien en nature lors de la dissolution de la société. Il en est ainsi, spécialement, si le partage attribue le bien à un autre associé que l'apporteur ou si le bien a été aliéné par la personne morale pendant son fonctionnement.

En troisième lieu, il arrive très souvent que l'associé ne compte pas collaborer activement à l'entreprise ; il sait que plusieurs centaines ou milliers de personnes ont, comme lui, le titre d'actionnaire, mais il prend à sa charge certains risques nettement déterminés par le contrat de société. En d'autres termes, l'étendue des risques peut varier selon l'organisation ou le type de la société, ce qui n'est pas sans influence sur l'étendue des droits et obligations des associés.

Il est vrai que, dans certaines sociétés et spécialement dans les sociétés anonymes, l'*affectio societatis* se rapproche parfois du néant. Toutefois, cet argument peut être relativisé. Tout d'abord, c'est un élément de fait et non de droit. Ensuite, l'*affectio societatis* se distingue de l'égalité des associés. Enfin, la spécificité du risque qui résulte de l'organisation de la société ne correspond pas à un abandon total de participation à la gestion puisque l'associé dispose toujours d'un contrôle minimum⁴⁰⁷. Autrement dit, l'*affectio societatis* a pour le moins une existence potentielle⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial. Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 36, p. 61.

⁴⁰⁶ Ph. MERLE, « *Droit commercial. Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 549, p. 679, spécialement, Ibid., n° 294, p. 356 : « *le droit de dividende doit être bien compris : il ne signifie pas que, chaque année, l'actionnaire a le droit d'exiger qu'une partie des bénéfices lui soit attribuée ; mais simplement qu'il ne peut pas être indûment privé de son droit sur les bénéfices et sur les réserves* ».

⁴⁰⁷ J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif : Essai sur l'influence du principe de la personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 18, p. 23 : pour cet auteur, l'*affectio societatis* ne peut pas être absente dans certains types de sociétés. « *En effet, même l'actionnaire bailleur de fonds d'une société anonyme faisant*

105. En fin de compte, *l'affectio societatis* est, en effet, un concept à deux faces : une confiance⁴⁰⁹ et une surveillance. La première est permanente. Elle résulte de la mise en commun et de l'acceptation des risques et des aléas sociaux, inhérents à gestion commune de l'entreprise. La deuxième est potentielle et variable selon l'intensité de l'engagement des associés et selon l'organisation sociale⁴¹⁰.

L'acceptation des risques ne signifie pas désintérêt pour la gestion de l'entreprise commune. L'associé entre en société pour gagner et non pour perdre, et pas davantage dans l'intention de donner, mais il accepte l'aléa et la perte. *L'affectio societatis* se distingue de la contribution aux pertes, corollaire du partage du bénéfice ou du profit de l'économie. *L'affectio societatis* est la volonté d'accepter ce risque lié précisément à la présence d'une réalité collective. Elle est la liaison entre la mise en commun d'apports et le partage des résultats sociaux. C'est la raison pour laquelle elle suppose une confiance réciproque mais elle implique une surveillance ou *un droit d'intervenir dans les affaires sociales*.

Il convient de noter cependant que cette acceptation des risques ne doit pas être un prétexte à tous les abus. C'est la raison pour laquelle le législateur intervient pour stabiliser ces risques⁴¹¹. En ce domaine il convient d'évoquer la conception institutionnelle de la société puisque toute intervention législative par des dispositions impératives n'est pas nécessairement contraire à la conception

publiquement appel à l'épargne, accepte de par son seul apport les incertitudes de la vie sociale. Sans doute, en fait, l'attitude active que suppose l'affectio societatis y sera plus diluée et moins saillante que au sein des sociétés de personnes. Pourtant, elle demeure car il dispose, au moins partiellement en droit, mais de nos jours de façon croissante, de moyens pour participer à la détermination et à la protection de l'intérêt social. Il n'est pas de société sans affectio societatis. Cette solution est fondamentale car il s'ensuit que sans lui la convention n'aura pas l'effet créateur d'un ordre collectif».

⁴⁰⁸ En revanche, une coopération purement ponctuelle entre deux personnes qui, en réalité poursuivent chacune de leur côté un objectif propre, reste impuissante à caractériser une société. La jurisprudence affirme qu'il n'y a pas de société sans entreprise commune : CA Paris 24 novembre 1989 : JCP E 1991, I, 61, n° 3, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

⁴⁰⁹ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 124, p. 132 : les associés doivent agir dans l'intérêt commun et, dans leurs relations bilatérales, se témoigner une confiance réciproque. – V. également : Cass. com., 27 février 1996 : JCP G 1996, II, 22665, note G. GHESTIN.

⁴¹⁰ Cl. CHAMPAUD, « *Catégorie d'actions ou sortes d'actionnaires* » : Mélanges M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 182.

⁴¹¹ J. HAMEL, « *L'affectio societatis* », RTD civ., 1925, p. 762 : « La loi d'ailleurs insiste sur ce caractère, en donnant à la nature et à l'étendue de ces risques le maximum de stabilité qui soit compatible avec la vie de société. Dans la société par actions elle ne permet aux actionnaires de modifier les statuts sociaux que moyennant certaines majorités et elle exige que tous les actionnaires soient alors admis au vote dans l'assemblée générale extraordinaire. Et si la modification paraît de nature à accroître considérablement ces risques, comme l'est une transformation dans l'objet et dans la formation de la société, le législateur exige une majorité spéciale. Si même le risque est totalement transformé par une modification des engagements, c'est l'unanimité qui est nécessaire. Ainsi apparaît chez le législateur la volonté de donner aux risques courus par l'actionnaire une stabilité qui souligne leur importance dans la vie sociale ». – Contra. A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 83, p. 83 et s. – V. également, Cl. CHAMPAUD, obs. sous Rennes 22 novembre 1971 : RTD com., 1974, p. 101.

contractuelle, mais se présente parfois comme une consécration des critères de qualification. Mais ce n'est pas lieu d'en discuter ici⁴¹².

106. Il convient maintenant de tirer les conclusions quant à la société unipersonnelle. En matière de société pluripersonnelle, le risque spécifique est celui résultant de la mise en commun d'apports et d'activités, auquel s'ajoute, dans bien des cas, celui qui provient du principe majoritaire⁴¹³. Dans la société unipersonnelle, en revanche, les risques courus sont limités à ceux qui résultent de l'exercice de l'activité en nom et cela ne permet pas de faire du risque un élément causal.

Ainsi, l'erreur sur la valeur d'un apport n'est pas admise en matière de société pluripersonnelle, ce qui se justifie en quelque sorte par la nature aléatoire de contrat de société⁴¹⁴. Cependant, cette sorte d'erreur n'est pas envisageable en matière de société unipersonnelle puisque l'associé unique est le seul à recevoir des droits sociaux en contrepartie des apports⁴¹⁵. En d'autres termes, le caractère aléatoire de l'acte de société, parce qu'il résulte de la mise en commun d'apports et de l'exercice en commun de l'activité, n'est pas transposable à l'acte unilatéral⁴¹⁶. Ce caractère disparaît dans l'acte unilatéral, pour ne laisser subsister que l'exercice du commerce à ses risques et péril.

Certes, en opérant une dissociation entre le couple réalité collective-activité, Ch. CUTAJAR-RIVIERE parvient à soutenir cette idée séduisante qui réduit le contenu de *l'affectio societatis* à la simple acceptation des risques. Cette conception large a le mérite de fournir une acception unitaire de la notion d'*affectio societatis* qui peut s'appliquer à la société tant unipersonnelle que pluripersonnelle. Cependant, cette conception large cesse, par là même et c'est son principal défaut, d'être opératoire.

⁴¹² V. N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, n° 493, p. 213 : « *l'affectio societatis* (comme ses dérivés) traduit aujourd'hui une spécificité des actes consécutifs 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 doctrinal ». – V. également Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés » : Rev. sociétés 1989, p. 439 : qui paraît soutenir cette analyse.

⁴¹³ Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés » : Rev. sociétés 1989, p. 439 : « Dans toute les sociétés, les associés sont tenus de l'obligation de bonne foi. *l'affectio societatis* leur impose de respecter la volonté de la majorité, même s'ils ne la partagent pas, et de ne pas agir à contre temps »

⁴¹⁴ V. notamment, J.-P. LEGROS, « Nullités des sociétés. Causes de nullité » : Juris.Classeur Commercial, Fasc. 1105, 2001, n° 61 : « Une telle erreur ne peut constituer une cause de nullité conformément au droit commun des obligations. En particulier, l'erreur sur la valeur d'apports immobiliers n'est pas une cause de nullité : la lésion n'est une cause de nullité que dans certains contrats parmi lesquels le contrat de société ne figure pas. La même raison conduit également à exclure l'application de l'article 1674 du Code civil en cas d'apport d'immeuble : la lésion des 7/12e ne concernant que le contrat de vente ».

⁴¹⁵ C'est lui seul qui prend la décision de distribution des bénéfiques, de montant des bénéfiques, de la date de distribution.

⁴¹⁶ A. VIANDIER, « La notion d'associé », op. cit., n° 167, p. 164 : « l'une des caractéristiques de l'apport est la soumission aux aléas sociaux ».

Elle s'expose en outre à des critiques décisives. Tout d'abord, cette conception n'est pas convaincante en ce qu'elle se fonde sur une conception inexacte du risque dans la vie sociale, laquelle est en réalité inhérente à l'union des volontés pour l'exercice d'une activité déterminée. Toute activité commerciale ou même civile engendre pour celui qui l'exerce un risque. Le commerçant n'est-il pas défini comme celui qui exerce une activité commerciale à ses risques et périls et que le dogme de l'unicité du patrimoine rend classiquement responsable indéfiniment sur tous ses biens ? Céder à cette conception trop large de la notion de risque ne conduit-il pas à admettre une *affectio societatis* chez l'entrepreneur individuel ou chez le commerçant, la volonté de courir des risques étant plus grande en l'absence de limitation de la responsabilité ? Et la constitution d'une société unipersonnelle n'a-t-elle pas, précisément, pour but de minimiser les risques et ne pas de les courir ? Ensuite, la théorie de Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE est également contradictoire puisqu'il continue d'affirmer que la volonté d'union reste en droit positif le critère de la société pluripersonnelle. Ainsi, la disparition de cette volonté d'union peut conduire même à la dissolution de la société ou à l'exclusion d'un associé. Enfin, on peut encore rappeler que cette démarche est fondamentalement viciée en ce qu'elle tente de transformer la notion de société à la lumière de la société unipersonnelle, ce qui affaiblit largement l'argumentation⁴¹⁷.

107. Quelle que soit la métamorphose que le concept d'*affectio societatis* a subie, aucune explication subjective n'autorise à envisager son existence indépendamment d'une collectivité. C'est la raison pour laquelle la doctrine s'autorise à glisser vers une conception qui rend compte de la véritable nature juridique de la société unipersonnelle. L'*affectio societatis* est réduite à la volonté de limiter sa responsabilité au passif. Un auteur, qui compose avec une telle explication, voit dans l'*affectio societatis* un élément institutionnel⁴¹⁸.

⁴¹⁷ V. également les critiques de V. CUISINIER, « *L'affectio societatis* », Litec, 2008, bibliothèque de droit de l'entreprise, Préface A. MARTIN-SERF, n° 537, p. 445 et s : pour cet auteur la tentative d'adapter la définition de l'*affectio societatis* à l'unipersonnalité, ainsi que la préconise Madame CUTAJAR, est vaine puisqu'elle ne contribue en rien à éclairer la définition de la société, et qu'elle montre par ailleurs toute l'inutilité de l'*affectio societatis* au regard de cette définition... en isolant la volonté d'assumer les risques de l'entreprise de la volonté d'union, pour l'ériger en critère catégoriel de l'acte de société, la proposition de Madame CUTAJAR-RIVIÈRE ne permet pas de distinguer la société des autres contrats aléatoires. Ce faisant, l'auteur, en essayant d'adapter la notion d'*affectio societatis* à l'unipersonnalité vide la notion de toute substance. Selon V. CUISINIER, ce constat montre à quel point il est en réalité difficile de dissocier l'*affectio societatis* de la pluralité que sous tend le terme même de société.

⁴¹⁸ Y. GUYON, « *Affectio societatis* », JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 20-10, Actualisé par A. MAIROT : selon cet auteur, le « regain d'importance de l'*affectio societatis* a pu surprendre puisqu'il se produisait au moment même où la conception contractuelle de la société reculait au profit de la conception institutionnelle. La tendance dirigiste de la loi du 24 juillet 1966 confortée par la loi du 11 juillet 1985, avait donné lieu à une réglementation rigoureuse de la société. L'article 1832 du Code civil disposant à cet effet que la société "est instituée par deux ou plusieurs personnes..." et, qu'elle "peut être instituée, dans les cas prévus par

Toutefois, cette conception doit être rejetée pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'*affectio societatis* se distingue du mobile⁴¹⁹. Elle ne peut pas être cantonnée à la volonté de profiter de la limitation de la responsabilité ou de profiter des avantages fiscaux et sociaux. Selon N. REBOUL, l'*affectio societatis* semble avoir un caractère abstrait. Elle est l'intention de s'associer et non le mobile concret qui pousse à le faire⁴²⁰. Alors que l'intention, qui n'est autre chose que la volonté consciente de s'associer, est toujours la même, le mobile, c'est-à-dire l'intérêt ou le sentiment qui a déterminé la volonté de s'associer ou bien encore la cause impulsive et déterminante de s'associer, est, en revanche, essentiellement variable selon les individus et les circonstances⁴²¹. La jurisprudence a eu même l'occasion d'affirmer ce principe⁴²². Il est donc superflu de rechercher si l'associé est entré dans la société pour augmenter ses revenus, réaliser des plus-values en capital, faciliter la transmission de sa fortune à ses héritiers ou bien encore bénéficier d'un régime fiscal plus avantageux⁴²³.

Ensuite, l'*affectio societatis* se distingue de la limitation de responsabilité. Elle est exigée que l'on se trouve en présence d'une société à responsabilité limitée ou illimitée. Dans l'une ou l'autre espèce de société, l'*affectio societatis* est un élément de qualification incontournable et résulte essentiellement de la mise en commun des apports. Réduire l'*affectio societatis* à la volonté de limiter sa responsabilité au passif constitue donc une déformation inadmissible de la notion⁴²⁴. C'est, en d'autres termes, un non-sens, puisque cette mutation ou cette conversion de la notion d'*affectio societatis* n'aboutit qu'à faire sortir la notion de son cadre normal. Cette mutation conduit plutôt, purement et simplement, à nier son existence. Essentiellement, l'*affectio societatis* est remplacée par la notion d'« unité de production »⁴²⁵. Pour V. CUISINIER, la méthode qui consiste à livrer une définition spécifique de la notion d'*affectio societatis* pour les sociétés unipersonnelles semble

la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne". Si l'approche institutionnelle semblait privilégiée, le rôle de la volonté demeurerait essentiel même dans les institutions ».

⁴¹⁹ N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* » : Rev. sociétés 2000, p. 425. – Cass. com., 10 février 1998 : Bull. joly, p. 797, note J.-J. DAIGRE.

⁴²⁰ N. REBOUL, art. préc.

⁴²¹ N. REBOUL, art. préc. – V. également M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Litec. 23^e éd., 2010, n° 138, p. 78 : « l'*affectio societatis* ne se confond pas avec les mobiles personnels des associés. Il n'y a pas de place pour une appréciation subjective ; elle n'est autre chose que la volonté de s'associer au sein d'une même société ; elle présente donc un caractère objectif ; quels que soit les raisons, les motifs, les désirs des associés, il suffit d'identifier cette volonté pour caractériser l'*affectio societatis* ».

⁴²² Cass. com., 10 février 1998 : Bull. joly 1998, p. 767, note J.-J. DAIGRE.

⁴²³ N. REBOUL, art. préc.

⁴²⁴ V. également V. CUISINIER, « L'*affectio societatis* », Litec, 2008, bibliothèque de droit de l'entreprise, Préface A. MARTIN-SERF, n° 539, p. 449.

⁴²⁵ V. notamment, Allocation de M. BÉGUIN, Vœux de la quatrième commission, In, « Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises » : 64^e Congrès des notaires de France, Royen 1966, p. 235, spéc. p. 242. – *Infra* n° 187.

plus réaliste mais tout autant non convaincante et inutile⁴²⁶. Selon cet auteur, la distinction entre le patrimoine privé de l'associé et le patrimoine social n'est pas propre à la société unipersonnelle. Il s'agit d'un principe qui doit être respecté dans toutes les sociétés dotées de la personnalité morale. Ainsi, faire de ce principe le critère de la notion aboutit à tomber dans le cercle vicieux dénoncé depuis longtemps par HAMEL et qui consiste à dire que l'*affectio societatis* est l'intention de créer une société. V. CUISINIER, précise également que la confusion des patrimoines constitue un abus de la personnalité morale qui dans le cas de la société unipersonnelle se traduit par la fictivité de la société. Il s'ensuit selon cet auteur que le fondement de la disqualification de la société unipersonnelle ne réside pas dans l'absence d'*affectio societatis* mais dans la confusion des patrimoines⁴²⁷.

108. Cependant, si l'absence d'*affectio societatis* en matière de société unipersonnelle ne fait pas de doute, on peut se demander si l'on peut admettre la qualification d'associé unique. En effet, dans sa thèse sur la notion d'associé, A. VIANDIER, a dégagé deux critères pour déterminer la qualité d'associé. Pour l'auteur, si l'apport est une condition nécessaire de l'acquisition de la qualité d'associé, il n'est pas une condition suffisante⁴²⁸. Un autre élément doit être pris en considération : le droit d'intervenir dans les affaires sociales.

A. VIANDIER admet, en effet, dès le départ, que la pluralité d'associés ne constitue pas un élément de qualification de la qualité d'associé, et cela en raison de l'admission de la société devenue unipersonnelle et de la possibilité d'introduire la société unipersonnelle en droit français, ce qui est devenue une réalité après 1985. En même temps, l'*affectio societatis* est exclue comme référence à la détermination de la qualité d'associé. D'une part, réduisant l'*affectio societatis* à son aspect passif, l'auteur ne voit dans celle-ci que la traduction de l'obligation de bonne foi. D'autre part, l'auteur refuse de voir dans le droit d'intervention une manifestation de l'*affectio societatis*.

⁴²⁶ V. également V. CUISINIER, « *L'affectio societatis* », Litec, 2008, bibliothèque de droit de l'entreprise, Préface A. MARTIN-SERF, n° 539, p. 448 et s : pour cet auteur, cet effort d'analyse ne présente pas un intérêt évident quant au rôle de la notion dans la société unipersonnelle. L'*affectio societatis* tire sa légitimité jurisprudentielle de ses applications dans le cadre du contentieux de la société créée de fait. Or, il est permis de douter que les tribunaux n'aient jamais à identifier des sociétés unipersonnelles créées de fait.

⁴²⁷ V. CUISINIER, « *L'affectio societatis* », Litec, 2008, bibliothèque de droit de l'entreprise, Préface A. MARTIN-SERF, n° 539, p. 449 : Selon cet auteur, l'*affectio societatis* n'a donc aucun rôle positif à jouer sur la qualification d'une société unipersonnelle. Elle ne joue pas non plus un rôle négatif en permettant de fonder la fictivité de la société dans laquelle l'associé n'a pas respecté le principe de la distinction entre son patrimoine et le patrimoine social. Il est par conséquent difficile d'entrevoir l'intérêt d'une assimilation de l'*affectio societatis* à la volonté de l'associé unique de respecter ce principe, au risque encore une fois de faire de l'inutilité de la notion une évidence.

⁴²⁸ A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », op. cit., n° 153, p. 152.

Certes, la prospective de la thèse est de dégager les critères de la notion d'associé. Toutefois, les critères dégagés ne peuvent pas être appliqués pour distinguer la qualité d'associé unique⁴²⁹. D'une part, si l'apport est une condition incontournable, la transposition du droit d'intervenir dans les affaires sociales comme condition d'acquisition de la qualité d'associé est malaisée. Cette seconde condition ne peut sûrement pas être niée pour un associé, mais elle ne pourra pas être appliquée à l'associé unique. En réalité, ce critère suppose nécessairement l'existence d'une collectivité, ce qui revient à dire que la notion d'associé doit être dégagée à partir du contrat.

D'autre part, lorsque l'associé unique n'est pas gérant, la transposition de cette condition est également malaisée. Il est, en fait, inutile de dire que l'associé unique jouit d'un pouvoir d'intervention. Lorsqu'on quitte le domaine du contrat ou du groupement pour entrer dans le domaine de l'unipersonnalité la problématique de la qualité d'associé se pose différemment, voire de manière inversée puisque le souci devient celui de limiter ou au moins de contrôler la maîtrise totale de la société par l'associé unique. Celui-ci doit agir comme le membre d'une personne morale et ne pas confondre son intérêt et son patrimoine avec ceux de la société unipersonnelle. Ainsi, il n'est pas contesté que l'organisation institutionnelle doit aller dans cette voie dans la mesure où elle engendre des conséquences sur les droits des tiers.

109. Conclusion de la section 2. La qualification d'une société dépend étroitement des éléments intentionnels de qualification. Ces éléments supposent l'existence d'une pluralité d'associés et, par voie de conséquence, il n'est pas possible d'envisager leur transposition à l'acte unilatéral. D'une part, l'élément causal de qualification qui réside dans la participation aux résultats sociaux perd totalement son rôle de qualification dans la société unipersonnelle. Notamment, il ne peut pas jouer un rôle de distinction entre société unipersonnelle et entreprise unipersonnelle. Plus clairement, si cet élément subsiste dans la société unipersonnelle, c'est parce qu'il constitue un élément propre à l'entreprise unipersonnelle et non en raison de sa transposition comme critère de qualification sociale. D'autre part, on peut affirmer avec B. PETIT que l'élément psychologique de la société qui réside, de manière générale, dans une volonté de collaboration ne peut à l'évidence être exigé lorsque la société compte un seul associé⁴³⁰. De surcroît, la cause de l'acte unilatéral en général

⁴²⁹ V. notamment – J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 216 : « la définition d'associé a évolué avec l'apparition d'une nouvelle catégorie d'associé, celle d'associé unique d'une SARL ou d'une société par actions simplifiée. Cet associé unique réalise un apport, intervient (par la force des choses) dans les affaires sociales, n'est pas véritablement animé de l'affectio societatis mais doit se comporter comme le membre d'une personne morale en s'abstenant de procéder à une confusion des patrimoines. Du fait de sa position dominante dans la société, l'associé unique n'est pas doté d'un véritable droit d'information et ne peut critiquer la gestion sociale lorsqu'il l'assumera, ce qui sera la situation la plus fréquente ».

⁴³⁰ *Supra* n° 61.

et de l'acte unilatéral de société dépend étroitement de son motif déterminant. Ce motif déterminant qui réside dans la limitation de responsabilité n'est pas un élément de qualification de l'acte de société. La société unipersonnelle n'est donc qu'une appellation légale.

110. Conclusion du Chapitre I. Il est vrai que l'évolution législative et jurisprudentielle a porté des atteintes à la valeur des critères de qualification de la société. Ces atteintes concernent précisément leur rôle en tant d'éléments distinctifs de la société au regard d'autres contrats ou d'autres groupements. Ces critères doivent cependant garder toute leur valeur quand on quitte le domaine du contrat ou du groupement pour entrer dans le domaine de l'unipersonnalité. De même, si la notion d'acte de société ne peut être transposée à l'acte unilatéral, le caractère erroné de la notion d'associé unique ne fait pas de doute. Quel que soit le but de la société ou la nature de son activité, la notion de société doit être réservée à l'idée d'association entre deux ou plusieurs personnes.

En revanche, la démarche tendant à trouver une conception unitaire englobant la société unipersonnelle et pluripersonnelle, n'est qu'une pure illusion doctrinale. Cette démarche est faussée à sa base car elle tente d'interpréter la notion de société à l'image de la société unipersonnelle. De ce fait, au prix d'une théorie unitaire, la doctrine a dénaturé le contenu des éléments de qualification et a modifié la notion même de société.

Plus clairement, cette adaptation fait perdre à ces éléments leur valeur comme éléments de qualification d'un acte de société. Dégagés de manière simpliste, au prix d'une théorie unitaire, ces critères cessent d'être opératoires pour qualifier une institution sociale. En outre, on ne parvient pas à nier la référence au contrat pour qualifier la société qui est par essence pluripersonnelle. Les éléments de qualification de la société restent calqués sur un fondement contractuel. Aussi, ce qui est étonnant est que cette doctrine, allant à l'extrême de la transformation des éléments de qualification pour les rendre applicables à la société unipersonnelle, a oublié d'envisager, à l'inverse, la possible application de ces éléments à la société pluripersonnelle.

A vrai dire, ce qui anime l'associé unique lorsqu'il constitue une société unipersonnelle, c'est essentiellement de créer un patrimoine d'affectation économique par le biais de la personnalité morale : *« le législateur, en instituant l'EURL, ayant précisément voulu permettre à une personne physique ou morale de constituer un patrimoine d'affectation doté de la personnalité juridique et de la limitation de responsabilité »*⁴³¹.

⁴³¹ J. Ph. DOM, note sous Paris, 9 février 1999, Bull. Joly 1999, n° 118, p. 548 ; Cass. com., 14 juillet 1995, JCP E 1996, II, 784, L. LEVENEUR. - Cass. com., 19 mai 1998, Bull. civ., n° 159, p.128.

En fin de compte, le législateur a multipliée les formes d'exploitation de l'entreprise unipersonnelle : entreprise individuelle, société unipersonnelle et EIRL. Ainsi, pour résumer nos conclusions, on peut proposer une définition de l'acte créateur de chacune de ces institutions. Pour l'entreprise individuelle, c'est l'acte par lequel une personne affecte des biens et (ou) son industrie en vue de se procurer seul les résultats de l'exploitation. En revanche, pour la société unipersonnelle et l'EIRL, on peut donner la même définition : c'est l'acte par lequel une personne affecte des biens et, éventuellement, son industrie en vue de limiter sa responsabilité au passif.

Ainsi, faute de pluralité d'associés, aucun critère substantiel de qualification d'une société réelle n'a pu être transposé à la société unipersonnelle. Est-il néanmoins possible d'établir l'existence de traits communs permettant d'unifier dans une même notion cohérente les sociétés unipersonnelles et pluripersonnelles ? En d'autres termes, à défaut de justifier une transposition dogmatique de la société, peut-on transposer techniquement la structure de la société, naturellement pluripersonnelle, à la société unipersonnelle ? On va voir qu'à cette question également, une réponse négative doit être apportée.

CHAPITRE II. L'ABSENCE D'UNE STRUCTURE DE QUALIFICATION SOCIALE DANS L'ACTE UNILATÉRAL

111. Selon Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, il faudrait bien se résoudre aujourd'hui, si l'on s'est refusé à le faire au lendemain de la création de l'EURL à repenser le concept de la société à la lumière du paradigme de l'unipersonnalité. Désormais, pour constituer une société, la volonté pourrait emprunter deux moules juridiques, celui du contrat ou celui de la manifestation unilatérale. Le seul lien entre les deux manifestations de volonté résiderait dans leur appartenance à la même catégorie juridique, celle des actes juridiques⁴³². Selon cet auteur, l'unipersonnalité imposerait donc de reconsidérer le concept de société forgé autour de la notion de contrat et l'unité de la notion pourrait être retrouvée à travers une théorie de l'acte juridique qui reste à élaborer⁴³³... !

112. Cependant, force est de constater la nature artificielle de tout effort de conceptualisation de l'acte unilatéral de volonté au regard du droit des sociétés.

D'une part, la mise en œuvre de l'acte unilatéral de volonté n'est pas aussi parfaitement admissible que l'on pourrait le souhaiter. L'acte créateur d'une société unipersonnelle repose sur la transposition d'une structure contractuelle et sa nature unilatérale n'est pas totalement admise.

D'autre part, une transposition technique, rappelons-le, signifie que nous ne sommes pas dans le cadre d'une qualification parfaite ou descriptive mais dans le paradigme de qualification imparfaite ou prescriptive. Cette qualification, rappelons-le encore, est généralement admise à condition de respecter les possibilités intrinsèques de la technique⁴³⁴. Or, ce n'est pas le cas, semble-t-il, en matière de société unipersonnelle. En effet, si dans certains cas, des transpositions techniques sont admises, la notion même société s'est déplacée ou s'est transformée. Plus clairement, il est vrai que la qualification implique l'existence d'un ou plusieurs éléments et celle d'une certaine structure⁴³⁵ qui détermine le lien entre les divers éléments et les modalités de leur assemblage, mais la structure de qualification implique encore une autre chose⁴³⁶. Selon F. TERRÉ, « *il ne faut pas perdre de vue que toute qualification contribue à traduire en termes de droit des données concrètes, dans le dessein de leur appliquer un régime juridique déterminé. La reconnaissance des données de*

⁴³² Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE « *De l'E.U.R.L. à la S.A.S.U. ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité* », Petites affiches, 2000, n° 185, p. 48.

⁴³³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE « *De l'E.U.R.L. à la S.A.S.U....* », art. préc.

⁴³⁴ *Supra* n° 22.

⁴³⁵ F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ., 1955, n° 14, p. 13.

⁴³⁶ F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ., 1955, n° 11, p. 10.

fait et l'application d'un régime juridique constituent les deux pôles de la qualification, son point de départ et son point d'aboutissement »⁴³⁷. Dans ce sens, à partir du moment où un formalisme aveugle et rigide est abandonné, il faudrait vérifier, une fois la transposition technique achevée, le contenu et le but de la volonté individuelle afin de qualifier une institution déterminée. En conséquence, si le contenu des volontés individuelles n'est pas le même, toute théorie unitaire doit être exclue puisque chaque technique obéira à des régimes juridique différents.

Ainsi, pour conclure à l'absence d'une structure de qualification sociale pour la société unipersonnelle, il convient en premier lieu de déterminer la nature juridique de l'acte créateur d'une société unipersonnelle. En second lieu et quelle que soit l'analyse retenue, il faudra rechercher si la structure juridique de la société unipersonnelle permet de soutenir la qualification de société. On verra cependant que ni la structure de la volonté déclarée ni la structure de la volonté interne de l'associé unique ne permet d'aller dans cette voie. Ainsi sera établie l'absence d'une théorie unitaire de la société englobant la société unipersonnelle.

Section 1 : La nature juridique de l'acte créateur d'une société unipersonnelle

Section 2 : L'absence d'une théorie unitaire de la société englobant la société unipersonnelle

Section 1. La nature juridique de l'acte créateur d'une société unipersonnelle

113. À la différence de la société pluripersonnelle, le fondement de la société unipersonnelle se trouve, selon l'alinéa 2 de l'article 1832 du Code civil, dans l'acte unilatéral de volonté. De plus, une partie importante de la doctrine ajoute qu'il ne s'agit pas d'un simple acte unilatéral de volonté mais, plus précisément, d'un engagement unilatéral de volonté.

Dans ces conditions, si la nature et le régime juridique de la société dépendent précisément de l'acte créateur, l'admission de la société unipersonnelle doit dès lors imposer une reconsidération de la nature juridique de cet acte. La question est plus précisément de savoir si l'on doit éliminer toute référence à la notion de contrat pour expliquer la notion de société. C'est la position d'une partie de la doctrine. Toutefois, une analyse approfondie de la structure juridique et des procédures de création d'une société unipersonnelle ne permet pas de corroborer cette analyse. Du moins n'est-elle pas la seule possible. Ainsi, pour une autre partie de la doctrine, la référence au contrat ne disparaît pas, même au sein de la société unipersonnelle. La position de cette doctrine engendre en quelque sorte une dissidence conceptuelle, mais elle annonce une autre voie permettant d'unifier la société unipersonnelle et pluripersonnelle. Cette solution peut en outre se justifier dès lors que la structure de

⁴³⁷ F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ., 1956, n° 11, p. 10.

l'acte créateur d'une société unipersonnelle repose sur la transposition d'une technique contractuelle.

L'acte créateur d'une société unipersonnelle aura ainsi, en quelque sorte, une nature contractuelle. Cette affirmation a de quoi choquer. Pourtant, ce sont les conséquences de la transposition d'une technique contractuelle à cet acte qui autorisent une telle thèse. Il importe dès lors, d'abord, d'avoir une idée claire de la notion d'acte juridique unilatéral en droit positif (§1), pour pouvoir ensuite prendre parti en faveur de la nature contractuelle de l'acte créateur d'une société unipersonnelle (§2).

§1. La notion d'acte juridique unilatéral

114. L'acte juridique désigne « toute manifestation d'une ou plusieurs volontés ayant pour but de produire un effet de droit »⁴³⁸. L'acte juridique unilatéral se définit, quant à lui, comme « toute manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit, soit à sa charge, soit même à son profit »⁴³⁹. Dans le cadre de notre recherche, nous étudierons avant tout l'acte unilatéral de volonté en tant que procédé ou instrument de la technique juridique.

115. Ainsi, une meilleure compréhension de la notion d'acte juridique unilatéral suppose de préciser la notion générale d'acte unilatéral de volonté (A) avant de préciser la notion spécifique d'engagement unilatéral (B).

A. La notion générale d'acte unilatéral de volonté

116. Un certain nombre d'actes unilatéraux ayant des effets divers sont expressément prévus par la loi. Ceux-ci se rencontrent tant en matière extrapatrimoniale qu'en matière patrimoniale, sans que la loi en donne une réglementation complète et synthétique⁴⁴⁰. La plupart obéissent à un régime spécifique qui n'est pas véritablement source autonome d'obligations.

117. Ainsi, certains actes unilatéraux n'ont qu'un effet déclaratif. C'est le cas notamment de l'aveu⁴⁴¹, de la reconnaissance de dette et de la reconnaissance d'enfant⁴⁴². De tels actes n'engendrent aucune situation juridique nouvelle, que ce

⁴³⁸ Vocabulaire juridique, sous la direction de H. CAPITANT, PUF, 1936.

⁴³⁹ J. CARBONNIER, « *Droit civil. Les biens. Les obligations* », Vol., II, PUF, 1^e éd., 2004, n° 929, p. 1940.

⁴⁴⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, Dalloz Sirey, 14^e éd., par É. SAVAUX, 2010, n° 489, p. 460.

⁴⁴¹ V. cependant, J. CARBONNIER, « *Droit civil. Les biens. Les obligations* », vol., II, PUF, 1^e éd., 2004, n° 929, p. 1940 : les aveux sont des preuves, non des actes juridiques, et se bornent à déclarer le droit préexistant sans le modifier.

⁴⁴² Il est acquis que la reconnaissance d'un enfant naturel, *né de parents non mariés*, est un acte unilatéral extrapatrimonial. Cet acte a pour objet de déclarer et, par là même, de prouver la filiation soit paternelle, soit maternelle, de l'enfant considéré. Cet effet se produit en dehors de toute

soit en faisant naître un droit, en l'éteignant ou le transférant. Ils ont pour seul objet d'apporter la constatation officielle d'une situation juridique préexistante, mais qui était jusque-là occulte ou, du moins, incertaine⁴⁴³. Ils présentent pourtant, dans l'ordre pratique, une grande importance : avant la manifestation de la volonté, la situation considérée était dépourvue d'effet de droit ; l'acte accompli lui confère pleine efficacité⁴⁴⁴.

118. Outre le testament⁴⁴⁵, par lequel le testateur manifeste sa volonté de transmettre à un ou des tiers, lors de son décès, tout ou partie des droits dont il est titulaire, les renonciations constituent, également, une autre catégorie d'actes unilatéraux patrimoniaux. Celles-ci n'ont pas pour objet de créer ou de transmettre un droit ou une obligation, mais d'éteindre un droit⁴⁴⁶ : renonciation à une succession, à un usufruit ou à une servitude, déguerpissement qui est une renonciation à un droit réel⁴⁴⁷ ou confirmation d'un acte nul qui est une renonciation

manifestation de volonté de la part de l'enfant, et sur le seul fondement de la volonté de l'auteur de la reconnaissance, qui a affirmé sa qualité de père ou de mère (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, op., cit., n° 490, p. 461 : selon article 319 du Code civil, l'enfant a seulement la faculté, comme tout autre intéressé d'ailleurs, de contester l'exactitude de la reconnaissance). De même, un homme qui veut reconnaître un enfant naturel le fait unilatéralement et n'a pas besoin de l'acceptation de la mère ou de l'enfant et sa déclaration est irrévocable (Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil. Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 431, p. 217). Cependant, un tel acte ne constitue pas un cas d'engagement unilatéral de volonté. S'il entraîne des obligations, celles-ci sont déterminées par la loi elle-même, et non par l'auteur de la reconnaissance qui ne saurait les moduler à son gré (Ph. MALINVAUD, « *Droit des obligations* », Litec, 10^e éd., 2007, n° 52, p. 36). Autrement dit, la reconnaissance d'un enfant naturel peut certes conduire à des obligations, mais il s'agit d'obligations légales et non définies par l'obligé lui-même. Ce dernier ne pourrait fixer dans la reconnaissance les effets qu'il veut y attacher, par exemple le montant de la pension qu'il accepte (A. BÉNABENT, « *Droit civil Les obligations* », Montchrestien, 12^e éd., 2010, n° 10, p. 9).

⁴⁴³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil. Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, op., cit., n° 497, p. 467.

⁴⁴⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil. Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, op., cit., n° 497, p. 467.

⁴⁴⁵ Le testament est un acte par lequel le testateur transmet, pour le jour de son décès, toute ou partie de ses droits au légataire institué. C'est donc bien du seul fait de la volonté du testateur que le transfert intervient et le ou les légataires acquièrent, dès le décès, la propriété des biens qui leur ont été attribués. Le fait que le légataire puisse renoncer à cette acquisition ne porte pas atteinte à la nature unilatérale du testament : on peut presque toujours renoncer à un droit. Plus clairement, si le légataire repousse cette acquisition, en répudiant le legs, il se dépouille d'un droit qui était déjà entré dans son patrimoine : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, op. préc., n° 490, p. 461 et n° 498, p. 467. – Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil. Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, p. 217: le testament produit des effets juridiques (transfert de biens, création de droits, et même d'obligations), par lui-même sans le consentement d'autrui ; ce n'est pas un contrat.

⁴⁴⁶ A. BÉNABENT, « *Droit civil Les obligations* », Montchrestien, 12^e éd., 2010, n° 10, p. 9.

⁴⁴⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil. Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, op. cit., n° 490, p. 462, note n° 5 : en général, le déguerpissement tend, par l'abandon d'un droit, à se libérer d'une charge ; ainsi, le propriétaire d'un immeuble grevé d'une servitude abandonne son droit de propriété pour échapper à la servitude.

au droit d'obtenir l'annulation de l'acte, etc. Ces actes ont un effet strictement abdicatif et, par voie de conséquence, la renonciation est irréductible à toute opération transitive de droits. C'est la raison pour laquelle ces actes sont appelés justement des actes abdicatifs. Cependant, « *l'effet abdicatif semble, dans certain cas, se doubler d'un effet translatif. On a notamment soutenu que la renonciation à succession réalise une donation indirecte lorsque le renonçant est inspiré d'une intention libérale envers le successible plus éloigné qui recueille ainsi, grâce à lui, le patrimoine du défunt* »⁴⁴⁸.

119. De l'effet abdicatif des renonciations on rapprochera l'effet extinctif attaché à l'exercice des facultés unilatérales de résiliation⁴⁴⁹. Il est admis, en effet, que la résiliation d'un contrat successif à durée indéterminée constitue un acte juridique unilatéral. Le droit des contrats spéciaux en fournit de multiples exemples : résiliation d'un bail⁴⁵⁰, résiliation d'un contrat du travail par démission ou licenciement, révocation d'un mandat. En mettant fin au contrat par sa seule initiative, l'une des parties éteint non seulement les droits qui en résultaient pour elle mais aussi ceux dont bénéficiait son cocontractant : unilatérale dans sa manifestation, la volonté produit néanmoins des effets bilatéraux⁴⁵¹. Les actes unilatéraux de cette sorte ont un caractère commun : ils viennent s'insérer dans un ensemble qui a été fondé bilatéralement, et ils se ressentent dans leur nature de cette origine contractuelle (consensuelle)⁴⁵².

120. D'autres actes unilatéraux peuvent être cités : la ratification de la gestion du mandataire ; la ratification d'un mandat (article 1998, al. 2 du Code civil) ; l'agrément du cessionnaire d'un contrat, l'acceptation de la stipulation pour autrui, la libération du délégué, la promesse écrite de payer⁴⁵³ (article 1326 du Code civil). Sont

⁴⁴⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil. Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, op. cit., n° 496, p. 466 : « *cette analyse a été critiquée, au motif que le bénéficiaire de l'opération ne tient pas ses droits du renonçant, mais de la loi, en tant que celle-ci fixe les règles de la dévolution successorale. L'observation n'est pas décisive, car on peut tout aussi exactement relever que, si le successible suivant hérite, c'est bien parce que le plus proche a renoncé ; de telle sorte qu'il y a un lien de causalité certaine entre l'enrichissement de l'un et l'appauvrissement de l'autre* ».

⁴⁴⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, op. préc., n° 497, p. 467.

⁴⁵⁰ Cass. civ., 3^e, 12 juillet 1988 : Bull.civ. III, n° 126, p. 69 ; D. 1988, IR. 234 : « *le congé de droit commun est un acte unilatéral qui met fin au bail par la seule manifestation de volonté de celui qui la délivre* ». – V. également R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 43, p. 54 : selon DE MUNAGORRI, alors qu'aucune disposition légale ne désigne le congé comme un acte unilatéral. Il en va ainsi de toutes les dispositions du Code civil relatives à la rupture unilatérale d'une convention. C'est pourquoi la formule de la Cour de cassation est significative de l'échec des tentatives visant à réduire un acte unilatéral à la seule technique du contrat. En effet, si la valeur du congé est affirmée, c'est clairement comme technique de l'acte unilatéral.

⁴⁵¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, op. cit., n° 496, p. 467.

⁴⁵² J. CARBONNIER, « *Droit civil Les biens Les obligations* », vol., II, PUF, 2004, n° 929, p. 1941.

⁴⁵³ J. CARBONNIER, « *Droit civil Les biens Les obligations* », vol., II, PUF, 2004, n° 929, p. 1940 : « *C'est l'opération que l'article 1326 qualifie d'acte juridique et dépeint comme acte unilatéral (sous une seule signature). Elle s'apparente à la souscription du billet en droit commercial (art. 183 C. com.). Il se pouvait que le*

considérés aussi comme des actes unilatéraux, les décisions accessoires requises pour le fonctionnement d'institution principales, notamment des contrats déjà constitués⁴⁵⁴. Tel est le cas par exemple des offres réelles de payer⁴⁵⁵, de la réception des travaux dans le louage d'ouvrage (article 1792-6 du C. civ.) ou du choix dans l'obligation alternative (article 1190 du C. civ.), etc.

121. Cela étant, quel que soit l'acte unilatéral considéré, il est généralement admis que les dispositions réputées communes aux contrats doivent être transposées à l'acte unilatéral. Cette position peut certes sembler surprenante et de mise en œuvre délicate mais c'est le palliatif apporté par la doctrine à une sorte de carence du Code civil⁴⁵⁶. Ainsi que le relève R.-E. DE MUNAGORRI, la construction du Code civil souffre en effet d'une carence d'ordre conceptuel⁴⁵⁷.

D'un côté, il n'existe pas de dispositions régissant l'acte juridique en tant que tel. Le reproche essentiel adressé à l'acte juridique tient alors à son domaine excessivement étendu : la notion d'acte juridique pêche par excès de généralité. En ce qu'il reste fort abstrait, l'acte juridique ne s'impose pas, du reste, comme une

promettant fût déjà tenu d'une obligation. Auquel cas l'écrit n'est qu'une reconnaissance de dette un simple aveu. Mais en l'absence d'un engagement préexistant, l'écrit a une fonction créatrice. Les formalités de l'a. 1326 donne un être à un acte unilatéral »

⁴⁵⁴ J. CARBONNIER, « *Droit civil Les biens Les obligations* », vol., II, op. cit., n° 929, p. 1940.

⁴⁵⁵ J. CARBONNIER, « *Droit civil Les biens Les obligations* », vol., II, op. cit., n° 1245, p. 2475 : la procédure des offres réelles et de consignation permet d'obtenir l'effet libératoire par la seule volonté du débiteur pourvu que s'y joigne le fait matériel d'une consignation, d'un dépôt de l'objet en mains neutres, sans la volonté du créancier, ou même contre sa volonté. C'est une sorte de mise en demeure du créancier : d'avoir à recevoir son paiement et à donner quittance au débiteur. Cependant, la consignation n'équivaut pas exactement à un paiement, parce qu'elle reste unilatérale : aussi peut-elle être rétractée par le débiteur, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier ou validée par un jugement (article 1261 et s. du Code civil).

⁴⁵⁶ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 174, p. 165.

⁴⁵⁷ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 174 et s : loin de se voir consacrer un titre entier du Code civil, le contrat devrait alors être présenté comme un acte juridique parmi d'autres, à savoir sur le même plan que l'acte unilatéral. Si elle apparaît plus respectueuse de la théorie de l'acte juridique, une telle construction n'a pourtant pas été retenue par les rédacteurs du Code civil. Cette solution n'est pas le fruit du hasard. En effet, la commission de réforme du Code civil se montra favorable à introduire parmi les dispositions du Code civil, une partie commune à l'ensemble des actes juridiques. Le projet de la réforme n'ayant pas abouti, le Code civil a toutefois conservé son organisation initiale. Ce parti pris s'explique par un choix entre deux impératifs réputés contradictoires : la cohérence de l'architecture du Code civil et l'utilité pratique de sa consultation. Or, des considérations pratiques méritent de dominer les controverses : le Code civil doit rester facile dans son utilisation et la cohérence de ses dispositions ne saurait nuire à la clarté recherchée par les praticiens. Selon un point de vue rationnel, si le contrat est la figure juridique prédominante en droit privé, mieux alors sacrifier la rigueur conceptuelle du code civil à son utilité opératoire. En définitive, R.-E. DE MUNAGORRI, affirme-t-il que le confort d'usage du Code civil a prévalu sur la rigueur de classifications. Le fait que la convention soit le modèle de l'acte juridique se justifie aussi par son importance réelle dans les rapports entre personnes privées.

catégorie susceptible de guider les praticiens dans la recherche de solutions positives⁴⁵⁸.

D'un autre côté, à défaut d'être régi par des dispositions communes à l'ensemble des actes juridiques, l'acte unilatéral aurait pu se voir consacrer une série de dispositions communes qui lui soient propres. Cependant, malgré les efforts de JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, président de la Commission de réforme du Code civil, cette acception large a été écartée⁴⁵⁹. La notion d'acte unilatéral et même celle d'engagement unilatéral de volonté peuvent renvoyer à des réalités différentes. Puisqu'il recouvre des hypothèses assez dissemblables, l'unité de son genre n'a pas pu s'imposer⁴⁶⁰. Cette difficulté de saisir l'acte unilatéral dans toutes ses manifestations témoigne, en un sens, de la faiblesse de cette notion⁴⁶¹.

122. Il reste toutefois que les règles réputées communes à tous les actes juridiques en droit privé, c'est-à-dire les règles prévues pour les conventions, ne permettent pas de rendre compte de l'acte unilatéral dans toutes ses dimensions. Cependant, il est acquis que ces règles ne peuvent pas, pour autant, être écartées. Cela étant, il convient de préciser la notion spécifique d'engagement unilatéral de volonté.

B. La notion spécifique d'engagement unilatéral de volonté

123. La théorie de l'engagement unilatéral ne s'est fait jour que dans les activités doctrinales⁴⁶². Plus précisément, l'idée d'une théorie de l'acte juridique unilatéral, à côté de la théorie du contrat, comme source de l'obligation, est le fruit de la pensée juridique germanique. Elle est due à deux juristes allemands, qui ont revendiqué sa paternité : KUNTZE, dans sa *Théorie des titres au porteur*⁴⁶³, et SIEGEL dans un ouvrage sur *La promesse comme cause d'engagement dans le droit actuel*⁴⁶⁴. A vrai dire, la doctrine de l'engagement unilatéral était dans l'air au milieu du XIXe siècle, mais c'est SIEGEL qui a donné à cette théorie la première expression

⁴⁵⁸ R.-E. DE MUNAGORRI, « L'acte unilatéral dans les rapports contractuels », LGDJ., 1996, n° 177, p. 167.

⁴⁵⁹ La question de l'introduction d'une série de dispositions relatives aux acte unilatéraux a été posé, au cours d'une séance de la Commission de réforme du Code civil, par le Julliot DE LA MORANDIÈRE Président de la Commission de réforme du Code civil : « devons-nous prévoir par un texte général l'existence et la validité des actes juridiques unilatéraux ».

⁴⁶⁰ R.-E. DE MUNAGORRI, « L'acte unilatéral dans les rapports contractuels », LGDJ., 1996, n° 178, p. 168.

⁴⁶¹ M.-L. IZORCHE, « L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain », thèse Aix-Marseille 1991, n° 425, p. 276 : selon M.-L. IZORCHE, « il nous paraît tout aussi inexact d'affirmer a priori que le régime du contrat doit être étendu à l'engagement unilatéral, que de dire qu'une solution envisagée dans un cas particulier d'acte unilatéral, doit être étendue à tous les actes unilatéraux ».

⁴⁶² N. GOMAA, « Théorie des sources de l'obligation », LGDJ., 1968, n° 95, p. 106.

⁴⁶³ J. KUNTZE, « Die lehre von den inhaberpapieren », Leipzig, 1857.

⁴⁶⁴ H. SIEGEL, « Das versprechen als verpflichtungsgrund im heutigen Recht », Berlin, 1874.

scientifique⁴⁶⁵. S'appuyant sur la tradition germanique, le point de départ de sa théorie est dans l'affirmation qu'un individu peut s'obliger valablement par sa déclaration de volonté.

En effet, les multiples codifications allemandes qui existaient avant la réception du droit romain, insistaient toutes sur la force de l'engagement de la parole. C'est la déclaration du débiteur qui l'oblige à tenir et à exécuter sa promesse. C'est pourquoi SIEGEL n'attache pas de valeur décisive à la volonté de s'obliger, mais à la promesse extériorisée, parlée ou écrite. Il ne parle d'ailleurs pas d'« engagement unilatéral de volonté », mais de « promesse unilatérale ». Il ne s'agit donc pas de faire prévaloir la volonté vraie, réelle de son auteur, mais l'expression d'une déclaration. C'est la théorie allemande de la « déclaration ».

124. Historiquement, si la première expression scientifique de l'engagement unilatéral revient à SIEGEL, ce sont des juristes français qui ont développé la thèse de l'engagement unilatéral «de volonté »⁴⁶⁶. C'est précisément, à R. WORMS qu'est due la recherche d'un fondement nouveau à la théorie de l'engagement unilatéral en tant qu'aboutissement de l'autonomie de la volonté⁴⁶⁷. Cet auteur ne se borne pas à transposer le système du juriste autrichien, il lui donne une signification et un fondement absolument différents⁴⁶⁸. Contrairement à H. SIEGEL, pour qui la valeur obligatoire de l'engagement découlait de la déclaration, R. WORMS considère qu'elle résulte de la volonté. Se fondant sur une analyse très extensive et procédant de la toute-puissance volonté, cet auteur a considéré que tout engagement unilatéral liait celui qui l'avait pris.

125. En tout étant de cause, nonobstant la différence entre ces deux théories, elles aboutissent aux mêmes résultats pratiques. Au vrai, le régime juridique de l'engagement unilatéral est dominé par deux impératifs. Du point de vue technique, il est admis que les conditions de validité énoncées pour le contrat restent valables pour l'acte unilatéral. Du point de vue de son utilité, l'engagement unilatéral suppose que soit remplie une condition dite de subsidiarité. Nous envisageons les conditions techniques de l'engagement unilatéral (1°) avant de préciser la condition de subsidiarité (2°).

1° Les conditions techniques de l'engagement unilatéral

⁴⁶⁵ A. RIEG « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, n° 428, p. 426 et s.

⁴⁶⁶ A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, p. 426 et s.

⁴⁶⁷ R. WORMS, « *De la volonté unilatérale considérée comme une source d'obligations en droit romain et en droit français* », thèse, Paris, 1891, p. 199-200.

⁴⁶⁸ A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, p. 431.

126. D'un point de vue technique, « *Les actes unilatéraux reconnus par la loi ne sont pas soumis, comme tels, à un régime juridique uniforme. Il y a lieu de leur transposer, en principe, le régime des contrats, qui représente le droit commun de l'acte juridique, sauf à en éliminer toutes les règles qui supposent nécessairement l'existence de deux parties* »⁴⁶⁹.

Cette affirmation signifie que la transposition des conditions de validité du contrat suppose, outre les conditions de la validité de l'obligation en général, que soit respectée la nature unilatérale de l'engagement. Plus clairement, les conditions d'ordre technique peuvent se subdiviser en deux catégories. La première suppose la réunion de certaines conditions tenant à la notion même d'obligation (a). La deuxième catégorie exige la réunion d'autres conditions tenant l'unilatéralité même de l'acte (b).

a) Les conditions tenant à la notion même d'obligation

127. Deux problèmes successifs se présentent dans la vie de l'acte juridique : sa genèse d'une part et sa portée d'autre part. L'engagement unilatéral n'échappe pas à cette analyse et suppose deux conditions tenant à la notion même d'obligation : procéder d'une volonté libre et éclairée ; reposer sur une volonté irrévocable.

128. La première condition de l'engagement unilatéral est ainsi l'existence d'une volonté libre et éclairée. Cette règle résulte de la transposition à l'acte unilatéral des exigences relatives au consentement⁴⁷⁰. En effet, la naissance d'un acte repose tout entière sur la volonté de son auteur. Le consentement, expression de la volonté, n'est donc pas propre au contrat. Il est nécessaire à l'existence de tout acte juridique, même unilatéral. Autrement dit, il n'existe pas d'acte juridique sans consentement et le droit positif doit donc protéger avant tout l'éclosion de cette volonté : non seulement il accordera au déclarant toute latitude dans l'expression de son intention, mais aussi il veillera à ce que le consentement exprimé soit "de qualité", à ce que l'agent ne s'engage pas à la légère" et sans motif valable⁴⁷¹.

L'étape de naissance de l'acte suppose donc la protection, par l'ordre juridique, de l'autonomie individuelle de celui qui s'oblige. Il s'ensuit que l'efficacité de l'engagement unilatéral est subordonnée à la condition que celui-ci soit

⁴⁶⁹ J. CARBONNIER, « *Droit civil Les biens Les obligations* », vol., II, PUF, 2004, n° 929, p. 1941.

⁴⁷⁰ Le terme « *consentement* » est souvent utilisé tant en doctrine qu'en jurisprudence pour désigner la manifestation de volonté à l'origine de l'acte unilatéral. Cependant, R.-E. DE MUNAGORRI, suivant une conception restrictive, préfère utiliser le terme manifestation unilatérale de volonté en l'absence de tout consentement. Selon cet auteur, le consentement désigne uniquement l'échange de volonté et la volonté échangée dans l'accord (R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 218, p. 193 et s ; V. également, n° 87 et s, p. 94). Toutefois, le changement d'un terme par un autre peut parfois éclaircir une notion mais il ne change pas grand-chose sur le plan de la technique juridique.

⁴⁷¹ A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, n° 363, p. 353.

suffisamment déterminé et extériorisé et qu'il relève de la part de son auteur une volonté certaine et réfléchie⁴⁷².

129. Dans ce sens, le régime des vices de consentement est transposable à l'acte unilatéral. Il en résulte que quelle que soit la nature juridique de l'acte, bilatérale ou unilatérale, il est susceptible d'être annulé si le consentement de l'auteur de l'engagement a été vicié⁴⁷³.

130. Cependant, il ne sera pas possible de procéder par simple transposition des règles applicables au contrat⁴⁷⁴. Selon M.-L. IZORCHE, « *si le droit commun des vices de consentement est transposable à l'engagement unilatéral, cette transposition ne peut se limiter à quelques aménagements consistant à éliminer toutes les règles qui supposent nécessairement l'existence de deux personnes* »⁴⁷⁵. En réalité, selon l'effet produit par l'acte, deux tendances peuvent être dégagées.

La première consistant à privilégier l'intérêt de l'auteur de l'acte unilatéral, fût-ce au prix des intérêts du tiers. La volonté de celui qui s'engage unilatéralement doit être donc de meilleure qualité, ce qui justifie une protection particulière⁴⁷⁶. Puisqu'il oblige celui qui y consent, une plus grande prudence semble devoir s'imposer en ce qui concerne l'appréciation du consentement⁴⁷⁷. Selon M.-L. IZORCHE, « *Il semble que la tendance soit d'ajouter des règles protectrices du consentement du débiteur, soit en l'obligeant à une réflexion sérieuse avant de s'engager, ce qui est la démarche légale, soit en retraçant soigneusement les étapes de cette réflexion, ce qui est la*

⁴⁷² F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 54, p. 65.

⁴⁷³ P. CHAUVEL, « *Le vice du consentement* », thèse, Paris II, 1981, n° 77, p. 35 : selon M. CHAUVEL, « *la solution est logique dans la mesure où l'on ne peut guère justifier que la volonté qui s'engage seule soit moins bien protégée, donc puisse être de qualité moindre, que celle qui en rencontre une autre, ou plusieurs autres* » - M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 401, p. 263 : selon M.-L. IZORCHE, « *même s'il donne naissance à une obligation qui, considérée comme un "bien", est venue accroître le patrimoine du créancier, il repose sur la volonté de l'auteur. Et si cette volonté doit être respectée dans ses effets, elle doit être également préservée quant à son intégrité, lors de la formation du consentement* ».

⁴⁷⁴ Sur l'ensemble de la question V. R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 218, p. 193 et s. - Cass. civ., 24 mai 1948 : D. 1948, 1, 417, note R. LENOAN ; RTD civ., 1949, p. 107, obs. R. SAVATIER : pour la Cour de cassation « *les causes de nullité qui atteignent le consentement sont applicables aux actes unilatéraux* ». - V. également Cass. civ., 1^{re}, 9 février 1970 : JCP G 1971, II, 16806, note M. DAGOT et R. SPITERI ; RTD civ., 1970, p. 752, obs. Y. LOUSSOUARN.

⁴⁷⁵ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 485, p. 304.

⁴⁷⁶ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n°398, p. 262.

⁴⁷⁷ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 425, p. 276 ; V. également, Ibid, n° 486, p. 304 : Concernant la question de preuve, Mme. IZORCHE, observe qu'il y a une différence notable entre le contrat et l'engagement unilatéral. On assiste à une sorte de renversement de la charge de la preuve en même temps qu'à un changement d'objet de la preuve. En matière contractuelle une preuve négative devra être fournie par le débiteur : celui-ci devra en effet démontrer qu'il n'avait pas voulu se lier. En matière d'engagement unilatéral, c'est plutôt la preuve positive de l'existence du consentement, qui est attendue, *a priori*, du créancier ; parce que l'engagement unilatéral est suspect, c'est au créancier, qu'il revient de convaincre le juge que le sujet s'est librement et consciemment engagé».

démarche judiciaire »⁴⁷⁸. Cette protection accrue s'explique par l'idée, qui est constamment présente à l'esprit du juge comme du législateur, selon laquelle l'engagement unilatéral est dangereux pour le débiteur⁴⁷⁹.

Plus précisément, c'est l'absence d'une contrepartie immédiatement perceptible qui conduit à considérer nécessaire une protection particulière de la volonté en matière d'engagement unilatéral⁴⁸⁰. Une protection particulière de la volonté de l'auteur d'un engagement unilatéral s'impose donc en raison de la gravité des engagements unilatéralement souscrits. Cette gravité ne tient pas à l'existence de l'obligation, car il n'y a rien là que de très banal, mais à l'unilatéralité de celle-ci⁴⁸¹.

La seconde tendance consiste, cependant, à privilégier l'intérêt du destinataire. En effet, si l'acte engendre une obligation à la charge de son auteur, il engendre corrélativement un droit au profit du créancier. Plus précisément, si l'acte engendre une obligation, c'est l'obligation souscrite qui doit guider le raisonnement. Il s'ensuit que la prise en considération des intérêts du créancier doit l'emporter sur la prise en compte du vice du consentement. Cette analyse conduit alors, dans l'intérêt du créancier, à restreindre les possibilités d'annulation. C'est le point de vue de M. GOBERT qui n'envisage que le cas de l'erreur⁴⁸². D'un point de vue objectif, c'est en effet l'auteur de l'engagement qui est responsable et le créancier ne doit pas subir les conséquences de l'erreur commise spontanément par le débiteur. D'un point de vue subjectif, s'il est vrai que l'annulation de l'engagement se traduit par un simple manque à gagner, il reste cependant que « *les espérances qu'a pu susciter un tel engagement chez celui qui en est le bénéficiaire... vont être un facteur important d'appréciation* »⁴⁸³. Plus précisément, le bénéficiaire subira probablement un préjudice du fait de l'annulation, notamment si, en se fondant sur l'existence de sa créance, il s'est engagé envers des tiers.

Ce point de vue n'est pas partagé par tous les auteurs. Selon M.-L. IZORCHE, si les espoirs du bénéficiaire sont déçus, il ne s'appauvrit pas véritablement. Plus précisément, « *si le principe de sécurité juridique impose un examen attentif des intérêts du créancier, le principe du droit naturel, contenu dans l'article 1109 du Code civil et qui domine*

⁴⁷⁸ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 485, p. 304.

⁴⁷⁹ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 485, p. 304.

⁴⁸⁰ V. M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 439, p. 282 : « *la question du consentement est liée à l'appréciation de la cause : ce qu'il faut protéger, c'est la lucidité de celui qui porte un jugement sur ce qu'il considère comme l'équivalent suffisant, et donc sur l'intérêt qu'il a à s'engager unilatéralement...* ».

⁴⁸¹ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 410, p. 267.

⁴⁸² M. GOBERT, « *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle* », thèse, Paris, éd., Sirey 1957, p. 165.

⁴⁸³ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 432, p. 279 : « *la confiance suscitée chez le bénéficiaire est un important élément d'appréciation lorsqu'il s'agit de savoir si l'auteur de l'acte a eu ou non une conscience suffisante de s'engager, et par conséquent, si l'engagement unilatéral doit être consacré ou non* ».

toute la matière du droit, conduit à privilégier l'intégrité du consentement et ce d'autant plus que le sujet s'oblige »⁴⁸⁴.

En tout état de cause, la restriction des cas d'annulation dans l'intérêt du créancier ne paraît pas s'appliquer en cas de violence et cela même si le créancier est complètement étranger à la violence. Celle-ci présente, dans l'acte unilatéral comme dans les conventions, un régime et des caractères identiques⁴⁸⁵ : quel que soit son auteur, la violence, dès lors qu'elle est déterminante, constitue un vice de la volonté entraînant la nullité de l'acte juridique litigieux⁴⁸⁶. La même conclusion paraît s'imposer au sujet du dol⁴⁸⁷. Le dol déterminant doit être considéré comme source de nullité quel que soit son auteur. Cette solution devrait également s'appliquer dans les actes unilatéraux réceptives⁴⁸⁸.

131. En définitive, il convient de préciser que le contentieux relatif à l'engagement unilatéral se présente d'une manière particulière. Face à une demande d'exécution par le débiteur de l'engagement unilatéral, l'auteur de cet engagement essaye d'échapper à son obligation en invoquant un vice du consentement. Les prétentions du débiteur de l'engagement peuvent n'exprimer, dans la réalité des

⁴⁸⁴ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 434, p. 280.

⁴⁸⁵ J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *L'acte juridique unilatéral Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », thèse, Toulouse 1951, n° 216, p. 204.

⁴⁸⁶ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 242, p. 208.

⁴⁸⁷ En effet, une transposition technique conduit à en écarter l'application de dol pour les actes unilatéraux. Conformément à l'article 1116 du Code civil, pour être une cause de la nullité du contrat, le dol doit être perpétré par l'une des parties au contrat. La raison d'être de cette disposition est de protéger les intérêts du contractant innocent : la protection du contractant prime la protection de la victime du dol. Toutefois, lorsque l'acte est unilatéral, cette justification doit disparaître. Pour l'acte unilatéral, seul mérite d'être pris en compte l'intérêt de l'auteur de la manifestation de volonté. Actuellement, la doctrine paraît unanime pour considérer que, quel que soit l'auteur des manœuvres dolosives, le dol déterminant est cause de nullité de l'acte unilatéral. La solution s'impose avec la force d'une logique implacable et même confirmée en droit positif si l'on raisonne sur l'exemple du testament. La prise en compte de l'intérêt du disposant domine le régime de l'acte. Il s'agit de protéger au mieux la volonté du disposant de toutes les manœuvres susceptibles d'être perpétrées par les bénéficiaires directs ou indirects, de l'acte testamentaire. En réalité, à la différence du contrat, le souhait de protéger au mieux les intérêts du disposant prime celui de ménager ceux du légataire. Plus clairement, si le droit ne peut éviter une certaine injustice, autant de la faire porter sur celui qui reçoit plutôt que sur celui qui donne. Sur cette question V. notamment : R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 235 p. 204 et s. – V. également, M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 430, p. 278. – J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », thèse, Toulouse 1951, n° 217, p. 204 et s : J. MARTIN DE LA MOUTTE, a conclu que la disposition de l'article 1116 est dépourvu de sens en matière d'acte unilatéral : Le dol est donc efficace dans l'acte unilatéral quelle que soit la personne qui l'a perpétré, du moment qu'il a été déterminant.

⁴⁸⁸ En droit allemand, le dol n'est efficace dans l'acte unilatéral réceptice que s'il est pratiqué par la ou les personnes intéressées (le ou les destinataires). La présence nécessaire d'un destinataire donne en effet à l'acte une physionomie qui le rapproche de celle du contrat. Autrement dit, le destinataire de l'acte réceptice devrait être protégé, de la même manière que le contractant, lorsqu'il est resté extérieur aux manœuvres dolosives.

choses, que des regrets ou de mauvais calculs. Si le principe demeure que les vices de consentement sont une source d'annulation, il appartient au juge d'apprécier *in concreto*, selon l'acte unilatéral et les considérations d'espèce, l'intérêt le plus digne de protection : l'intérêt de l'auteur de l'acte ou l'intérêt du bénéficiaire. Plus clairement, l'appréciation de la transposition des vices du consentement dépend de l'acte unilatéral ou de l'engagement unilatéral considéré. Chaque acte unilatéral est un cas particulier en raison de son objet spécifique ou de l'effet même de l'acte. En tout état de cause, si la validité de l'engagement unilatéral est établie, il devient irrévocable.

132. Une deuxième condition relative à l'existence d'un engagement unilatéral est en effet celle de son irrévocabilité. C'est cependant sur ce terrain que la notion d'engagement unilatéral a parfois été combattue en raison de la notion même d'obligation⁴⁸⁹. Si l'on admet l'engagement par volonté unilatérale, on doit en effet permettre à un individu de se délier de ses obligations selon les mêmes formes, et cela en vertu du dogme de l'autonomie de la volonté. Autrement dit, en accordant au débiteur la possibilité de nouer un rapport juridique par sa seule volonté, on lui accorde logiquement la possibilité de dénouer ce même rapport. Or, un rapport que le débiteur peut dénouer par sa seule volonté ne peut pas être considéré comme une obligation.

133. Toutefois, pour la doctrine favorable à l'engagement unilatéral, celui qui s'engage est tenu par les effets de l'acte unilatéral. Il ne peut pas se dégager unilatéralement car la volonté interne du sujet a été objectivée. En effet, quand on accorde aux contractants la possibilité de dénouer le rapport contractuel par leur volonté commune, ce n'est pas au nom du principe de l'autonomie de la volonté, ni en qualité de contractants⁴⁹⁰. Selon N. GOMAA, « *les contractants dénouent le rapport contractuel en tant que parties des effets juridiques du contrat, en tant qu'intéressées de ces effets juridiques. Pareillement, dans l'acte de la volonté unilatérale, ce n'est pas son auteur qui peut le dénouer, mais ce sont les parties des effets juridiques, c'est-à-dire les intéressés qui possèdent la possibilité de dénouer. Le promettant peut retirer son engagement, non pas par sa seule volonté, mais avec le concours de la volonté du créancier. Ce qui prouve que l'acte de la volonté unilatérale peut engendrer un rapport obligatoire, puisque le débiteur ne peut pas s'en dégager par sa seule volonté* »⁴⁹¹.

134. Sur le fondement de cette condition, on est conduit à écarter, dans certaines institutions, l'explication tirée de l'existence d'un engagement unilatéral.

⁴⁸⁹ V. notamment, R. ELIAS, « *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale* », thèse, Paris, 1909, p. 62 et s.

⁴⁹⁰ N. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », LGDJ., 1968, Préface J. CARBONNIER, n° 94, p. 105.

⁴⁹¹ N. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », LGDJ., 1968, Préface J. CARBONNIER, n° 94, p. 105.

Tel est spécialement le cas de la stipulation pour autrui, dont il a pu être prétendu qu'elle serait une consécration de l'engagement unilatéral de volonté⁴⁹². Le promettant s'engageant envers le stipulant à exécuter une prestation au profit d'une troisième personne, le bénéficiaire, celui-ci acquiert contre le promettant un droit direct dont la création serait une application de l'engagement par volonté unilatérale. Cependant, cette explication doit être rejetée. En effet, le stipulant conserve le droit de révoquer ultérieurement cet engagement, de s'en attribuer le bénéfice ou de le transférer à un autre bénéficiaire. L'existence d'un engagement unilatéral est donc inconciliable avec le droit de révocation que l'article 1121 accorde formellement au stipulant avant l'acceptation du bénéficiaire.

De même, le testament, acte unilatéral par excellence, ne constitue pas un engagement unilatéral. C'est un acte unilatéral avec cette particularité qu'il est révocable pendant la vie du testateur⁴⁹³. Le testament ne crée donc aucune obligation pour le testateur qui est d'ailleurs libre de modifier son testament comme bon lui semble⁴⁹⁴.

Cela étant, pour que l'on soit en présence d'un engagement unilatéral, certaines conditions relatives à la nature unilatérale de l'acte doivent encore être remplies.

b) Les conditions tenant l'unilatéralité même de l'acte

135. Deux conditions propres à l'unilatéralité même de l'engagement unilatéral sont, tout naturellement, exigées. D'une part, l'acte doit créer l'obligation à partir de la manifestation unilatérale de volonté et sans l'intervention du créancier bénéficiaire. D'autre part, l'engagement unilatéral est sans contrepartie.

136. Quant à sa date, la notion d'engagement unilatéral suppose que la volonté soit suffisamment puissante pour faire naître une obligation, et cela sans l'intervention du créancier. Ainsi, le contrat et l'acte unilatéral de volonté ont chacun leur domaine propre : *« une volonté déclarée ne peut être considérée, à la fois, comme une volonté unilatérale et un élément constitutif du contrat. La nature de l'opération, la forme de la volonté se détermine selon le contenu de cette volonté. Une volonté émise pour s'engager inconditionnellement et sans exiger le concours d'une autre volonté est une volonté*

⁴⁹² Ch. LARROUMET, « *Droit civil Les obligations* » tome III, 1^{re} partie, *Le contrat. Conditions de formation*, Economica, 6^e éd., 2007, n° 92, p. 78.

⁴⁹³ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, « *Leçons de droit civil* », t. II, 1^{er} vol., *Obligations Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, par F. CHABAS, n° 359, p. 350 : le testament est « un acte qui produit effet par la seule volonté du testateur ; mais cet effet est de transmettre un patrimoine ou un bien, non de créer une obligation à la charge du testateur ».

⁴⁹⁴ Ph. MALINVAUD, « *Droit des obligations* », Litec, 10^e éd., 2007, n° 52, p. 36.

unilatérale. Une volonté émise pour s'engager non directement mais après le concours d'une autre volonté, est une volonté contractuelle »⁴⁹⁵.

Suivant cette idée, H. SIEGEL a essayé de construire la notion d'engagement unilatéral à partir de *l'offre de contracter*. Appuyant sa théorie sur les traditions germaniques, H. SIEGEL n'a pas hésité à les opposer constamment aux principes du droit romain⁴⁹⁶. En effet, dans la conception contractuelle, le contrat se compose d'une offre et d'une acceptation et ces deux éléments ont la même nature et la même importance. En revanche, H. SIEGEL distingue entre deux éléments constitutifs du contrat : une *promesse* et une acceptation. En outre, il considère de façon très subjective que ces deux éléments n'ont ni la même nature, ni la même importance. Dès le début, l'auteur montre comment les juriconsultes avaient décomposé le contrat en offre et acceptation, tandis que ce qui importe dans le droit germanique, c'est la parole, la *promesse* du débiteur. La *promesse* constituait donc l'élément essentiel. Plus précisément, la *promesse*, élément intellectuel qui engendrait l'obligation, était suffisante pour engager. Quant à l'acceptation, elle était l'élément matériel considéré comme subsidiaire et jouait un rôle subordonné par rapport à la promesse proprement dit⁴⁹⁷. Dans ces conditions, le fondement de l'engagement du débiteur résidait dans le fait qu'il est *lié par la parole donnée* (élément moral du droit).

Il convient de remarquer que tout en faisant l'économie des traditions germaniques, R. WORMS aboutit à la même conclusion. Pour lui, le contrat se compose de deux éléments égaux : l'engagement de l'offrant et celui de l'acceptant. « *Ces deux engagements ont chacun leurs conditions de validité distinctes, puisque chacun exige le consentement et la capacité de celui qui s'engage, puisque chacun a son objet et sa cause propres. Chacun d'eux, même, a sa date distincte, puisque chaque partie est engagée du moment où elle s'est dessaisie de sa volonté, c'est-à-dire du moment où sa volonté est parvenue à destination. Enfin, chacun a un effet indépendant* »⁴⁹⁸.

En définitive, que le débiteur soit engagé parce qu'il est lié par sa parole, ou parce que sa volonté est suffisamment puissante pour faire naître une obligation,

⁴⁹⁵ N. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », LGDJ., 1968, Préface J. CARBONNIER, n° 93, p. 104.

⁴⁹⁶ V. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, « *Leçons de droit civil* », Tome II, 1^{er} volume, *Obligations Théorie générale* », Montchrestien, 9^e éd., 1998, par F. CHABAS : « *le droit romain, qui a cependant porté la théorie des obligations à un très haut degré de perfection, n'a jamais considéré qu'une personne puisse se trouver obligée par sa seule volonté. Il ne connaissait qu'une seule source volontaire d'obligations : le contrat, qui suppose l'accord de deux volontés. Les rédacteurs du Code civil ont recueilli sur ce point la tradition romaine ; ils n'ont jamais envisagé la création volontaire d'obligations autrement que par un accord entre créancier et débiteur* ».

⁴⁹⁷ H. SIEGEL, *op. cit.*, p. 2 et s.

⁴⁹⁸ R. WORMS, « *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français* », thèse, Paris 1891, p. 184 et s.

l'effet sera toujours le même, il y aura engagement unilatéral ; un droit sera né sans l'intervention du créancier⁴⁹⁹.

137. Cependant, cette façon de voir les choses n'échappe pas à la critique.

En premier lieu, on a reproché, d'un point de vue technique, à la théorie de l'acte unilatéral comme source d'obligation, la conception même de l'obligation. L'obligation comme lien entre le créancier et le débiteur ne doit prendre naissance que par un acte bilatéral, c'est à dire par la participation du créancier et du débiteur. Plus clairement, l'engagement unilatéral est impossible car il ne peut y avoir de débiteur sans créancier corrélatif. Plus clairement encore, l'engagement unilatéral supprimerait le lien entre le débiteur et le créancier, contrairement à la conception traditionnelle de l'obligation.

La doctrine favorable à l'engagement unilatéral rétorque qu'il est une période de temps durant laquelle la promesse existe en dehors de tout lien avec une personne. Elle est détachée de la personne de son auteur et pas encore saisie par celle du futur créancier⁵⁰⁰. Il s'ensuit que « *si l'obligation est un lien entre deux personnes, elle est aussi une valeur patrimoniale* »⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ A. RIEG « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ, 1961, p. 432. – Pour A. BÉNABENT, la remise de dette constitue une renonciation à un droit et cette renonciation est un acte de volonté unilatérale (A. BÉNABENT, « *Droit civil. Les obligations* », Montchrestien 12^e éd., 2010, n° 885, p. 630). Cependant, la doctrine quasi-unanime est en sens contraire, V. notamment : J. CARBONNIER, « *Droit civil Les biens Les obligations* », vol., II, PUF, 2004, n° 929, p. 1940 et n° 1268, p. 2509 : contrairement au droit réel, du moins un droit réel démembré de la propriété, est susceptible d'être éteint par l'abandon unilatéral qu'en fait son titulaire, un droit de créance ne peut être éteint que par une convention entre créancier et débiteur. Il n'en est différemment que dans le legs de libération, qui est la décharge d'un débiteur par le testament, acte unilatéral du créancier. – Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil. Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 1170, p. 656 : dans la remise de dette (art. 1282-1288), le créancier renonce au paiement de la créance qui lui est due ; ce n'est pas une renonciation unilatérale, mais une convention impliquant un accord entre créancier et débiteur, accord qui peut être tacite. Au contraire en droit des biens, la technique de l'abandon d'un droit réel est un acte unilatéral. – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUFTTE, « *Droit civil, Les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 1459, p. 1435 : la seule vraie renonciation qui ne peut être ramenée à aucun autre concept, celle qui est purement abdicative et procède d'un acte unilatéral. Au contraire la remise de dette est qualifiée par le Code civil de « *décharge conventionnelle* » (article 1285 à 1287). S'agissant, en effet, de mettre fin à un lien de droit, la remise ne saurait procéder de la volonté unilatérale du créancier. Elle requière l'acceptation du débiteur. Il en va ainsi lorsqu'il résulte d'un testament (Paris, 9 mars 1983, IR, p. 348, obs. D. MARTIN : l'arrêt déclare caduc le legs comportant remise de dette, le légataire étant décédé avant le testateur).

⁵⁰⁰ Ainsi la doctrine qui avait présenté la stipulation pour autrui comme engagement unilatéral avait soutenu que l'obligation du promettant envers le tiers bénéficiaire résulte de sa seule volonté unilatérale de s'obliger envers lui et existe avant toute acceptation de celui-ci. Autrement dit, l'obligation se forme sans que la volonté ou le consentement du bénéficiaire (futur créancier), s'ajoute à celle du promettant (le débiteur). D'autre part, l'acceptation du tiers ne détermine pas le moment auquel son droit prend naissance, elle consolide seulement sur sa tête une créance qui lui appartient dès l'origine sans son concours, et même à son insu. Cependant, cette explication a été rejetée. La volonté du stipulant exerce une certaine influence sur le droit du bénéficiaire. Il s'ensuit que le promettant est admis à opposer au tiers bénéficiaire les moyens de défense comme les causes de

En second lieu, l'engagement unilatéral constitue un empiètement sur la liberté du créancier, puisqu'il lui procure une créance malgré lui. Cependant, pour la doctrine favorable à l'engagement unilatéral, la création d'une créance, au profit du créancier, ne touche pas à sa liberté. Le créancier peut toujours rejeter une telle créance⁵⁰². L'engagement unilatéral peut également être justifié par une conception objective, qui voit dans l'obligation, au premier plan, une valeur économique⁵⁰³. « Pour qu'existe une obligation, il suffit de la volonté du débiteur puisque c'est son patrimoine qui va supporter l'exécution. D'ailleurs, il faut distinguer entre d'une part, l'opération créative de l'effet qui peut avoir pour auteur une seule personne, celui qui se chargera de l'engagement, et, d'autre part, l'effet de l'opération qui doit avoir comme parties deux personnes, le débiteur et le créancier »⁵⁰⁴.

138. Enfin, l'engagement unilatéral suppose l'absence d'une contrepartie. Cette condition s'impose avec évidence et ne nécessite de développements étendus⁵⁰⁵.

139. En conclusion, il importe de souligner que les quatre conditions précédemment citées apparaissent comme des conditions cumulatives et non alternatives. Si l'une de ces conditions fait défaut, il faut abandonner la notion d'engagement unilatéral et retenir une autre explication. Il importe de souligner également que ces conditions sont difficilement acquises dans un acte donné et c'est la raison pour laquelle la nature cumulative de ces conditions apparaît comme un barrage à l'existence et à la validité de l'engagement unilatéral. Cela explique aussi la faiblesse de la notion en droit positif. C'est la raison pour laquelle l'engagement unilatéral n'est pas un principe général du droit allemand, le BGB ne le réglementant

nullité ou de résolution qu'il pourrait invoquer contre le stipulant. La volonté du promettant n'engendre un lien obligatoire, à l'égard du bénéficiaire, que parce qu'elle se rattache à un contrat intervenu entre le stipulant et le promettant ; elle s'appuie sur ce contrat ; sans ce support, elle serait impuissante (F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUFTTF, « *Droit civil, les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 522, p. 538. – Ch. LARROUMET, « *Droit civil Les obligations Le contrat* », t. III, 1^{re} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^e éd., 2007, n° 92, p. 78 : la stipulation pour autrui est une opération juridique complexe et, de toute façon, le promettant ne s'engage pas unilatéralement envers le bénéficiaire. En effet, il s'engage envers le stipulant à exécuter une prestation au profit du bénéficiaire. Or le stipulant accepte cet engagement du promettant ; il n'y a donc pas engagement unilatéral de volonté, mais accord des volontés du stipulant et du promettant, c'est-à-dire un contrat. Le droit direct du bénéficiaire n'a donc pas sa source dans la manifestation isolée de la seule volonté unilatérale du promettant, débiteur (F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUFTTF, « *Droit civil, les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 522, p. 538).

⁵⁰¹ M.-L. IZORCHE, thèse, préc., n° 585, p. 345.

⁵⁰² N. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », LGDJ., 1968, Préface J. CARBONNIER, n° 93, p. 104.

⁵⁰³ N. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », LGDJ., 1968, Préface J. CARBONNIER, n° 94, p. 104.

⁵⁰⁴ N. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », LGDJ., 1968, Préface J. CARBONNIER, n° 94, p. 104.

⁵⁰⁵ *Supra* n° 137 et *Infra* n° 146.

de façon spécifique que dans quelques hypothèses. De même, les auteurs favorables à cette notion l'admettent sous réserve de son caractère subsidiaire.

2° La condition de subsidiarité de l'engagement unilatéral

140. R. WORMS a voulu ériger l'engagement unilatéral en tant que source générale d'obligations : une volonté unilatérale suffit, toute seule, à la naissance des effets juridiques des obligations. De plus, pour R. WORMS, « *la volonté unilatérale apparaît ainsi comme la vraie source des obligations de tout genre* »⁵⁰⁶. Pour lui, le contrat se compose de deux actes unilatéraux, dont chacun a ses effets propres. Bien plus, c'est la volonté unilatérale qui oblige dans le quasi-contrat de gestion d'affaires et également dans le délit et le quasi-délit. R. WORMS, constatait loyalement que sa théorie n'était par reçue en droit positif, mais il soutenait que l'exigence de l'accord de volontés pour la naissance des effets juridiques n'est qu'une vieille tradition et « *un reste des formalismes anciens, destiné à disparaître...dans la suite de l'évolution juridique* »⁵⁰⁷. Tout en admettant que les obligations licites dérivent essentiellement du contrat, R. WORMS considère que cette idée n'est pas absolue et qu'il est des cas où il faut bien admettre qu'un engagement peut naître par simple déclaration de volonté⁵⁰⁸.

141. Cependant, la théorie de R. WORMS n'a pas quitté son origine doctrinale⁵⁰⁹. En effet, la généralisation de la théorie de l'acte unilatéral de volonté à toutes les sources d'obligation est exagérée et conduit à la négation du contrat. Si l'engagement unilatéral est la source unique de toutes les obligations, le contrat n'a alors d'autre valeur que celle tirée des deux volontés unilatérales le composant. D'ailleurs, H. SIEGEL soutenait au contraire le caractère exceptionnel de l'engagement unilatéral. Le domaine d'application de sa démonstration est réduit, en réalité, à un nombre restreint d'opérations d'origine légale. Ce sont quelques institutions particulières rattachées par lui à la simple promesse telles l'offre de

⁵⁰⁶ R. WORMS, « *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français* », thèse, Paris 1891, p. 94.

⁵⁰⁷ R. WORMS, thèse, préc., p. 199.

⁵⁰⁸ R. WORMS, thèse, préc., p. 91 et s. – G. TARDE, « *Les transformations du droit* », 2^e éd., 1894, ouvrage réédité, par Berg International « *Histoire des idées* », 1994, p. 120 et s., spécialement, p. 125 : G. TARDE a formulé des conceptions très voisines. Pour lui, la vérité est que toute obligation, contractuelle ou non, découle avant tout, d'une haute et profonde volonté unilatérale. La volonté unilatérale est l'unique origine des obligations formées sans contrat. Quant aux obligations conventionnelles, elles dérivent d'abord de cette grande volonté unilatérale, qui se nomme l'autorité publique, et ensuite de la petite volonté unilatérale de chacun des contractants. Une volonté unilatérale lie son auteur parce qu'elle lui est devenue étrangère, dès qu'il l'a émise. C'est exactement comme si son auteur avait reçu un ordre d'autrui.

⁵⁰⁹ Sur les critiques adressées à la théorie de WORMS, V. notamment, R. ELIAS, « *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale* », thèse, Paris, 1909, p. 62. – J. CHABAS, « *De la déclaration de volonté en droit civil français* », thèse, Paris 1931, p. 142. – J.- M. DE LA MOUTTE, op. cit., p. 258 et s.

contrat, la promesse de récompense, la souscription d'un titre au porteur ou la stipulation pour autrui⁵¹⁰.

142. En France, où il n'est ni prévu par la loi ni imposé par son utilité pratique⁵¹¹, l'engagement unilatéral de volonté ou, plus complètement, l'engagement par déclaration unilatérale de volonté demeure cependant fort discuté⁵¹². Selon J. MARTIN DE LA MOUTTE, il n'est pas d'acte unilatéral créateur d'obligation. Le régime de l'offre est la seule hypothèse dans laquelle cette théorie pourrait s'appliquer⁵¹³. Toutefois, certains auteurs considèrent que l'engagement par acte unilatéral progresse en droit positif⁵¹⁴. Il existe, en effet, certaines hypothèses que tout le monde admet, parce que l'engagement unilatéral n'est pas totalement nu, mais achève une situation préexistante, ou prépare un contrat⁵¹⁵. Les engagements unilatéraux sont aussi présents en droit commercial et en droit de travail⁵¹⁶.

⁵¹⁰ En droit allemand, aux termes du § 305 BGB, « pour la formation d'un rapport d'obligation par acte juridique...un contrat doit être passé entre les intéressés, à moins que la loi n'en dispose autrement ». L'engagement unilatéral ne se constitue donc pas en principe une source d'obligation, sauf exception. Les deux engagements unilatéraux faisant naître des obligations, consacrés par le droit positif allemand, sont la fondation (§0 BGB) et la promesse de récompense (§ 657 BGB). Une telle théorie a été consacrée dans le code civil allemand (B. G. B. § 104-185), contrairement aux systèmes civilistes plus traditionnels.

⁵¹¹ N. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », LGDJ., 1968, n° 92, p. 103 : pour M. GOMAA, dans la jurisprudence française, un échange de biens et de services, par la voie volontaire, ne peut s'effectuer qu'avec le consentement du débiteur, d'une part, et le concours ou au moins l'acceptation d'un droit par le créancier, d'autre part. Or, la conception du contrat, si souple et si large, est capable de couvrir toutes les hypothèses d'échanges par voie volontaire. Donc si les principes actuellement en cours sont suffisants pour satisfaire la vie pratique, il n'y a pas de raison pour essayer de forger un autre principe. - V. également, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, « *Leçons de droit civil* », t. II, 1^{er} vol., *Obligations Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, par F. CHABAS, n° 359, p. 350 : « La thèse de l'engagement unilatéral n'est pas contraire à l'autonomie de la volonté et aucun obstacle théorique ne s'oppose à son admission. Cependant son intérêt n'est pas considérable ». - A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, p. 426 et p. 449 : pour cet auteur, d'un point de vue théorique il n'y a pas d'obstacle à l'admission de l'engagement unilatéral. Toutefois, A. RIEG remarquait, en dernière analyse, que la sphère d'application de l'engagement unilatéral était susceptible de s'expliquer par les principes contractuels et par les règles de la responsabilité civile. Il en a conclu qu'il convenait de rejeter la théorie de l'engagement unilatéral en droit positif français en tant que source autonome d'obligations.

⁵¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, « *Droit civil. Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, Dalloz Sirey, 14^e éd., 2010, n° 489, p. 460.

⁵¹³ J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », SIREY 1951, n° 320, p. 295 : l'acte unilatéral est impuissant à faire naître un rapport obligatoire. Selon cet auteur cela s'explique par le domaine d'efficacité de l'acte unilatéral qui est la sphère juridique de son auteur. La nature unilatérale d'un acte a donc pour conséquence de limiter la puissance juridique de cet acte, et de lui interdire en principe un domaine que seul un concours de deux volontés a le privilège de pouvoir organiser et réglementer.

⁵¹⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil. Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 433, p. 219.

⁵¹⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil. Les obligations* », op. cit., n° 431, p. 218 : selon ces auteurs constituent des engagements unilatéraux, la confirmation d'un acte nul, la promesse d'exécuter une obligation naturelle, par exemple, la promesse volontaire d'accomplir un devoir morale qui n'était pas juridiquement obligatoire ; la ratification de la gestion d'affaires, et

143. Il convient d'admettre, malgré tout, qu'il n'existe pas une seule hypothèse d'engagement unilatéral qui n'est pas contestée. Mais les débats sur cette question semblent actuellement apaisés pour admettre son caractère exceptionnel. Plus clairement, la validité de l'engagement unilatéral est actuellement admise pourvu que soit remplie une condition dite de subsidiarité. C'est-à-dire qu'il est nécessaire que l'acte envisagé ne puisse pas s'expliquer par une autre source⁵¹⁷. Il n'est pas de notre objectif d'énumérer toutes ces situations, mais d'étudier un certain nombre d'entre elles afin de renforcer notre compréhension de l'engagement unilatéral d'un point de vue technique. Cela permet aussi de juger de la faiblesse de cette notion en droit positif.

144. Ainsi, c'est en matière de sollicitation ou d'*offre de contracter* que l'on a voulu justifier l'irrévocabilité de l'offre par l'existence d'un engagement unilatéral. En effet, la valeur juridique de l'offre de contracter est fortement discutée en doctrine⁵¹⁸. Il est unanimement admis qu'en droit français, l'offre de contracter est, en principe, révocable tant que l'offre n'a pas parvenue à son ou à ses destinataires. Si le droit français confère une certaine valeur juridique à l'offre, il n'y voit pas un acte juridique autonome qui engendre par lui-même une obligation. En d'autres termes, l'offre de contracter n'est pas un engagement unilatéral de volonté, puisque le sollicitant peut toujours la révoquer ou la rétracter⁵¹⁹.

Toutefois, deux arguments ou deux exceptions ont permis à la doctrine de soutenir le contraire. D'une part, motivés par la sécurité des transactions, des tempéraments non seulement légaux⁵²⁰ mais aussi jurisprudentiels obligent le sollicitant de maintenir l'offre pendant un certain temps. Ainsi, l'offre est irrévocable

surtout de l'offre de contracter quand le sollicitant a précisé qu'il la maintenait pendant un certain délai.

⁵¹⁶ En droit commercial, on peut citer l'acceptation de la lettre de change, l'offre de reprise d'une entreprise en redressement judiciaire (L. 25 janvier 1985, art. 21 et 62, C. Com., art. L. 621-57 et 621-63). De même, en droit du travail, l'employeur n'est en droit de revenir sur un engagement unilatéral que celui-ci a été pris pour une durée indéterminée. Il a été jugé que l'employeur ne pouvait révoquer le plan social qu'il avait établi pour une période déterminée dans la perspective d'un licenciement collectif de plus de dix personnes : Cass. soc., 4 avril 1990 : Dr. social 1990, 803, note, J. SAVATIER. - F. GAUDU, « L'extinction du plan social » : D. 1995, chron., p. 337. - E. DOKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur » : Dr. social 1994, p. 227.

⁵¹⁷ N. GOMAA, « Théorie des sources de l'obligation », op. cit., n° 95, p. 106, pour N. GOMAA, si l'institution en question est, moralement et techniquement, justifiée, elle a besoin d'être autorisée par le droit objectif, pour être considérée comme une source d'obligation.

⁵¹⁸ V. spécialement J. CARBONNIER, « Droit civil Les biens Les obligations », vol., II, PUF, 2004, n° 943, p. 1968.

⁵¹⁹ À la différence des droits latin et anglo-américains, en droit allemand, l'offre (Angebot) lie son auteur et irrévocable pendant un certain temps, sauf s'il avait précisé qu'elle n'était pas obligatoire (BGB, § 145).

⁵²⁰ Sur ces tempéraments légaux V. notamment, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 118, p. 130.

si le pollicitant a fixé lui-même, explicitement ou implicitement⁵²¹, un délai⁵²². Même en l'absence d'un délai fixé par l'offrant, la jurisprudence, admet parfois que l'offrant doit maintenir son offre pendant un délai raisonnable lorsque l'offre est adressée à une personne déterminée, et non au public⁵²³. Dans ces conditions, une révocation anticipée ne pas obstacle à la formation du contrat dès lors que l'acceptation intervient, postérieurement à cette révocation, mais dans le délai considéré⁵²⁴. D'autre part, certains arrêts ont conféré à l'offre avec délai une existence autonome en admettant qu'elle subsiste malgré l'anéantissement de la volonté de l'offrant. Ainsi, le décès ou l'incapacité de celui-ci ne saurait entraîner la caducité⁵²⁵. De plus, l'offre irrévocable pendant un certain temps ne se transmue pas en promesse, mais demeure une simple offre soudée avec l'obligation légale de la maintenir. Telles sont les raisons pour lesquelles on qualifie parfois l'offre non révocable pendant un certain temps d'engagement unilatéral de volonté⁵²⁶. Plus précisément, c'est en se fondant sur l'irrévocabilité de l'offre que la doctrine justifie l'existence d'un tel engagement.

Il convient de noter cependant que d'autres explications tirées de la notion de contrat ou de responsabilité civile sont possibles⁵²⁷. Ainsi, selon J. CARBONNIER,

⁵²¹ L'offre non assortie d'un délai est en principe librement révocable, mais la Cour de cassation invite parfois les tribunaux à rechercher si l'offrant n'a pas fixé implicitement un délai raisonnable d'acceptation (Cass. civ., 3^e, 10 mai 1972 : RTD civ., 1972, p. 773, obs. Y. LOUSSOUARN. – Cass. civ., 3^e, 20 mai 2009 : RTD civ., 2009, p. 524, obs. B. FAGES). En réalité, dans ce dernier cas, le pollicitant peut librement révoquer l'offre faite au public. Mais si l'offre est faite à une personne déterminée, elle devrait être maintenue pendant un délai raisonnable afin que le destinataire puisse l'examiner : Cass. soc., 22 mars 1972 : D. 1972. 468.

⁵²² V. cependant, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 470, p. 241 : l'offrant peut prendre, parallèlement à son offre, l'engagement de ne pas rétracter celle-ci pendant un certain temps. Ce n'est pas l'offre qui change alors de nature : elle demeure un acte unilatéral révocable. Mais elle s'accompagne d'un engagement unilatéral de volonté, créateur d'obligation de ne pas faire. La violation de cet engagement est sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts ou par une clause pénale.

⁵²³ Cass. soc. 22 mars 1972 : D. 1972. 468.

⁵²⁴ Cass. Civ., 1^{re} 17 décembre 1958 : D. 1959. 33. – Cass. civ., 3^e, 7 mai 2008 : D. 2008., p. 2969, obs. AMRANI-MEKKI ; RTD civ., 2008, p. 474, obs. FAGES. V. également M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « *L'irrévocabilité de l'offre de contrat (Réflexion à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008)* » : D. 2008, chron., p. 440.

⁵²⁵ Cass. civ. 3^e, 10 décembre 1997 : Defrénois 1998, art. 36753, p. 336, n° 20, obs. D. MAZEAUD ; D. 1999, somm., p. 9, obs. P. BRUN. – Cass. civ. 3^e, 9 novembre 1983 : Defrénois 1984, art. 33368, 1011, n° 78, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ., 1985, p. 154, obs. J. MESTRE. – V. cependant, Cass. 3^e, civ., 10 mai 1989 : RTD civ. 1990, p. 69, obs. J. MESTRE ; D. 1990, jur., p. 365, note G. VIRASSAMY ; Gaz. Pal. 1990, 1, 54, note J. LACHAUD. – Sur cette question V. également F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 119, p. 131 et s. – D. MARTIN, « *L'esquisse de contractuelle et la mort* » : D. 1993. 236.

⁵²⁶ V. notamment, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « *L'irrévocabilité de l'offre de contrat (Réflexion à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008)* » : D. 2008, chron., p. 440.

⁵²⁷ Sur cette question V. notamment F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 119, p. 131 et s. – Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n°470, p. 241.

cette analyse est complexe et suppose un préjugé favorable à l'efficacité de la volonté unilatérale : « Dans la doctrine contemporaine, pour reconnaître à l'offre de contracter une valeur propre, on invoque plutôt que la force de volonté unilatérale, la réalité sociale que l'offre a créée et qui doit être préservée. Mais on peut répondre que, si l'intérêt général devait être ici pris en considération, il commanderait probablement de débarrasser la scène juridique d'ébauches, d'actes manqués, dont la présence incertaine peut gêner la conclusion d'opérations plus décidées »⁵²⁸.

145. De même, la promesse de récompense a été invoquée comme l'exemple type d'engagement unilatéral de volonté et sur lequel on raisonne surtout en droit civil⁵²⁹. En effet, deux raisons ont permis de présenter la promesse de récompense comme engagement unilatéral.

Tout d'abord, la jurisprudence admet que son auteur serait tenu de ne pas la révoquer sans précaution et d'une façon intempestive, surtout lorsque l'action pour laquelle la récompense est promise a été entreprise. Ensuite, la rétractation antérieure ne sera valable que si elle a été portée à temps à la connaissance du public⁵³⁰. En règle générale, les engagements à durée indéterminée sont révocables, mais, si un délai avait été précisé par son auteur, la promesse ne pourrait être révoquée. La promesse de récompense est donc obligatoire dans les mêmes conditions que l'offre avec délai⁵³¹.

Enfin, son auteur est immédiatement engagé, alors même que le service lui aurait été rendu dans l'ignorance de la promesse⁵³² : le promettant est tenu de verser la récompense promise du seul fait qu'un tiers lui a rapporté l'objet perdu⁵³³.

⁵²⁸ J. CARBONNIER, « *Droit civil Les biens Les obligations* », vol., II, PUF, 2004, n° 943, p. 1968 : selon J. CARBONNIER, *malgré l'opinion répandue, en Allemagne même, et ici en France, qui présente l'offre de contracter comme un acte juridique unilatéral, ayant une valeur propre, indépendant de l'acceptation, les Allemands disent que c'est une déclaration de volonté empfangsbedürftig, « ayant besoin d'être reçue », réceptice, ce qui suggère qu'elle n'a pas de valeur par elle-même, mais seulement en tant que destinée à s'accrocher à quelque chose d'autre* - V. également Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 431, p. 218 : selon ces auteurs, l'offre assortie d'un délai ne constitue pas un engagement unilatéral totalement nu mais il prépare un contrat.

⁵²⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 432, p. 219.

⁵³⁰ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, « *Leçons de droit civil* », t. II, 1^{er} vol., *Obligations Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, par F. CHABAS, n° 366, p. 354.

⁵³¹ V. Ch. LARROUMET, « *Droit civil Les obligations Le contrat* », t. III, 1^{re} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^e éd., 2007, n° 100, p. 83 : la révocation de la promesse oblige son auteur à réparer, sur le fondement de la faute délictuelle, le préjudice subi par celui qui a agi sur la foi de la récompense promise, de la même façon qu'en cas de révocation d'une offre de contrat. En fin de compte, la promesse de récompense est une hypothèse tout à fait voisine de celle de l'offre de contrat.

⁵³² J. CARBONNIER, « *Droit civil Les biens Les obligations* », vol., II, PUF, 2004, n° 929, p. 1940 : on donne un meilleur point d'appui à l'offre de récompense lorsque l'on peut supposer, comme certains arrêts incitent à le faire, une obligation naturelle de récompenser qui se transformera ensuite en obligation civile par engagement unilatéral.

⁵³³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 433, p. 220.

En réalité, il n'est pas douteux que la promesse de récompense correspond, dans certains systèmes juridiques, à l'engagement unilatéral de volonté⁵³⁴. Mais, en France, la majorité de la doctrine considère que le droit à la récompense est suffisamment justifié par la technique contractuelle, lorsque l'*inventeur* agit en connaissance de l'offre de récompense⁵³⁵ : le seul fait d'entreprendre les recherches nécessaires constitue une acceptation tacite de l'offre⁵³⁶. Dans le cas où une personne a engagé des frais ou des démarches pour satisfaire à la promesse et que celles-ci ont été couronnées de succès, il est admis qu'un contrat s'est formé, ce qui oblige le promettant à la rémunération du service rendu. La qualification d'engagement unilatéral est donc exclue, faute que soit remplie la condition dite de subsidiarité⁵³⁷.

⁵³⁴ Le droit allemand (§§ 657-661 du BGB.) fonde le caractère obligatoire de la promesse de récompense sur la théorie de l'engagement unilatéral. Selon § 657 du BGB., (Code civil allemand) : « *Celui qui promet par annonce publique une récompense pour procéder à un acte, et notamment pour l'obtention d'un résultat, est tenu de payer la récompense à celui qui a effectué cet acte, même si ce dernier a agi sans tenir compte de cette récompense* » ; selon § 658 : « *La promesse de récompense peut être révoquée jusqu'à l'accomplissement de l'acte. La révocation n'a d'effet que si elle est publiée de la même manière que la promesse de récompense elle-même ou si elle est faite par un avis spécial* ».

⁵³⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », vol., 1, *L'acte juridique*, Dalloz Sirey, 14^e éd., 2010, par É. SAVAUX, n° 503, p. 473. – En ce sens : Ch. LARROUMET, « *Droit civil Les obligations Le contrat* », t. III, 1^{re} partie, Economica, 6^e éd., 2007, n° 100, p. 83. – H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, « *Leçons de droit civil* », t. II, 1^{er} vol., *Obligations Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, par F. CHABAS, n° 366, p. 354 : par définition même, si une personne demande l'exécution de la promesse, c'est qu'elle l'a connue et acceptée. L'hésitation ne peut provenir que de ceux qui exigent, pour qu'un contrat soit formé, que le pollicitant ait eu connaissance de l'acceptation. – Ph. MALINVAUD, « *Droit des obligations* », Litec, 10^e éd., 2007, n° 52, p. 37. – A. BÉNABENT, « *Droit civil Les obligations* », Montchrestien, 12^e éd. 2010, n° 10, p. 9. – En sens contraire, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil. Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 433, p. 219 : « *l'analyse relève de l'artifice. D'une part, celui qui promet une récompense n'offre nullement de conclure un contrat de recherche de l'objet perdu : il ne veut qu'une chose, la restitution de son objet, en contrepartie de laquelle il promet une récompense. D'autre part, comment admettre la conclusion du prétendu contrat lorsque la promesse n'est connue qu'après la restitution de l'objet perdu ? Un contrat ne se forme pas après son exécution, mais avant* ». – V. également, C. GRIMALDI, « *Quasi-engagement et engagement en droit privé Recherches sur les sources de l'obligation* », éd., Defrénois 2007, Préface Y. LEQUETTE, n° 746, p. 335. Selon cet auteur, dans la même ligne de COSTINER (E. COSTINER, « *La promesse publique de récompense* », thèse, Paris, 1924, p. 108 et 134), considère que la promesse de récompense comme engagement unilatéral conditionnel : « *la créance est acquise automatiquement par le seul fait que la prestation se trouve accomplie* » et « *le promettant est obligé en vertu de sa seule promesse et dès qu'il l'a rendu publique, ceci sous condition suspensive de l'accomplissement de la prestation par le tiers* ». En revanche, C. GRIMALDI, contrairement à E. COSTINER, réfute l'idée d'un engagement unilatéral lorsque le bénéficiaire a agi dans l'ignorance de la promesse. Pour C. GRIMALDI, tout engagement repose à la fois sur la volonté du promettant et sur la confiance légitime qu'il a suscitées chez son ou ses destinataires.

⁵³⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, Dalloz Sirey, 14^e éd., 2010, par É. SAVAUX, n° 503, p. 473 : certes, on peut objecter que l'acceptation d'une offre adressée au public doit, en principe, être notifiée à l'offrant : formalité qui, dans le cas envisagé, aura été rarement accomplie. Mais il est logique d'apporter une exception à cette règle chaque fois que l'usage ou des circonstances particulières dispensent d'une telle notification. Or, il n'est fait aucun doute qu'ici l'usage soit d'agir non de parler.

⁵³⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, Dalloz Sirey, 14^e éd., 2010, par É. SAVAUX, n° 503, p. 473.

146. Cependant, la question de l'engagement unilatéral se pose avec plus d'acuité lorsque l'*inventeur* agit dans l'ignorance de l'offre de récompense. De prime abord, la notion d'engagement unilatéral ne paraît pas être exacte. En effet, une condition dite d'opportunité conduit à ne pas rendre la promesse obligatoire dans l'intérêt social : il paraît, tout au contraire, souhaitable de ne pas consacrer un système qui aboutirait à ce que le service rendu fût systématiquement monnayé⁵³⁸. Selon C. GRIMALDI, on pourrait objecter que « les actes bénéfiques doivent être encouragés et rétribués », ou même considérer que la sécurité juridique exige la présomption de connaissance de la promesse par le bénéficiaire de celle-ci. Mais c'est alors donner à la force obligatoire des engagements de nouveaux fondements⁵³⁹.

En revanche, sur un plan technique, l'analyse contractuelle paraît être difficilement admise. « Comment admettre la conclusion du prétendu contrat lorsque la promesse n'est connue qu'après la restitution de l'objet perdu ? Un contrat ne se forme pas après son exécution, mais avant »⁵⁴⁰. Cependant, si aucun contrat n'a pu se former, la voie du quasi-contrat devrait rester ouverte, essentiellement à travers la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause⁵⁴¹. Aussi, si l'*inventeur* a engagé des frais ou subi un dommage du fait des recherches qu'il a effectuées, son indemnisation est alors assurée par les principes de la gestion d'affaires⁵⁴². En fin de compte, on peut conclure, dans la même ligne que R. LIBCHABER, qu'il n'y a pas là une hypothèse d'engagement unilatéral de volonté⁵⁴³ : « l'engagement n'est pas seulement unilatéral en ce qu'il est émis par une seule personne ; il l'est aussi parce qu'il n'engage qu'elle, même indirectement, et ne détermine chez autrui aucune action spécifique à laquelle il pourrait servir de contrepartie ». Ainsi, il convient maintenant de profiter de ces enseignements pour analyser la nature juridique de l'acte créateur d'une société unipersonnelle.

⁵³⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », vol., 1, *L'acte juridique, op. préc.*, n° 503, p. 473 : à cela s'ajoute que les circonstances mêmes dans lesquelles cette promesse a été faite sont généralement telles qu'il ya lieu de craindre, de la part de son auteur, un entraînement irréfléchi : ce qui suffisait d'écarter l'idée d'un engagement unilatéral, créateur d'obligations.

⁵³⁹ C. GRIMALDI, « *Quasi-engagement et engagement en droit privé Recherches sur les sources de l'obligation* », Defrénois, 2007, Préface Y. LEQUETTE, n° 747-1, p. 336.

⁵⁴⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Droit civil. Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 433, p. 219.

⁵⁴¹ C. GRIMALDI, « *Quasi-engagement et engagement en droit privé Recherches sur les sources de l'obligation* », Defrénois, 2007, Préface Y. LEQUETTE, n° 747-1, p. 336.

⁵⁴² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations* », 1. *L'acte juridique*, Dalloz Sirey, 14^e éd., 2010, par É. SAVAUX, n° 503, p. 473. – En sens contraire, F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « *Droit civil Les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 53, 64 : à cela, on peut, il est vrai objecter que le jeu de ces théories est susceptible de conduire celui qui a rendu le service à recevoir moins que la récompense promise, le gérant pouvant prétendre au remboursement de toutes les dépenses utiles ou nécessaires mais non au paiement d'une rémunération.

⁵⁴³ R. LIBCHABER, « *La contractualisation de l'engagement unilatéral de volonté : une question relancé par le droit du travail* », obs., sous Cass. soc., 2 mai 2001 : Defrénois 2001, n° 71, p. 1064.

§2. La nature contractuelle de l'acte créateur d'une société unipersonnelle

147. Une partie importante de la doctrine présente l'acte créateur de la société unipersonnelle comme un engagement unilatéral de volonté⁵⁴⁴ ou comme un acte d'adhésion à un statut légal, ce qui laisse entendre, au moins implicitement, la volonté de lui attribuer cette même qualification. Il faut cependant relever, dès le départ, que la constitution d'une société unipersonnelle n'exige pas un seul acte unilatéral mais deux actes. Le premier acte consiste dans la signature des statuts, acte par lequel l'associé unique s'engage à affecter certains biens et éventuellement son industrie à une entreprise unipersonnelle. C'est cet acte que l'on appelle l'acte unilatéral de société. Le second acte consiste dans la décision d'immatriculer la société. Puisque l'acte unilatéral s'apparente souvent à une faculté ou à une décision, l'immatriculation aura pour effet de créer une personne morale et de rendre l'associé unique débiteur de certaines obligations à l'égard de cette personne morale qui est la société unipersonnelle. C'est la décision d'immatriculer la société que l'on nomme ici l'acte créateur de société unipersonnelle. Il nous incombe alors de vérifier si l'on peut appliquer la notion d'engagement unilatéral de volonté à l'un et à l'autre de ces deux actes.

148. Cependant, avant d'aller dans cette voie, ce postulat doit être justifié. En effet, il importe de rappeler qu'il n'existe pas de dispositions communes à tous les actes unilatéraux et que chacun d'eux constitue un acte unilatéral spécial qui impose des solutions particulières. Il s'ensuit que le régime juridique de l'acte unilatéral de société suppose de transposer le régime d'un contrat spécial : le contrat de société. Autrement dit, il faut tenir compte de la particularité de l'acte unilatéral mais aussi de l'acte de société. En outre, il convient, pour éclaircir nos propos, de préciser les

⁵⁴⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « *Droit civil Les obligations. 1. L'acte juridique* », Sirey, 13^e éd. 2008, n° 501, p. 446 : la loi du 11 juillet 1985 consacre beaucoup plus nettement encore l'engagement unilatéral de volonté. L'acte unilatéral de volonté du commerçant, de l'industriel ou de l'agriculteur qui constitue une telle société, exprimé dans les formes requises par la loi, l'oblige à réaliser l'apport des biens affectés, selon sa propre volonté, à l'exploitation de la société. – Ch. LARROUMET, « *Droit civil* », tome 3, *Les obligations Le contrat*, Economica, 3^e éd., 1996, n° 103, p. 92 : « s'agit-il alors d'un engagement unilatéral de volonté ? On pourrait en douter en raison de ce que le débiteur n'est pas l'associé lui-même, mais la société. Par conséquent, sa volonté unilatérale crée une personne morale mais ne l'obligerait pas envers un créancier qui serait ultérieurement déterminé. Au surplus, la société ne deviendra débitrice que lorsqu'elle conclura des contrats avec les créanciers sociaux. Cependant, l'acte de volonté de l'associé unique, à l'origine de la création de l'entreprise unipersonnelle, l'oblige envers les futurs créanciers sociaux, qu'ils soient contractuels ou non, à apporter à la société les biens qui lui permettront de fonctionner et qui constituent justement le gage des créanciers sociaux. Dans cette mesure, il ne serait pas faux de voir dans la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée un engagement unilatéral de volonté et cela d'autant plus que l'intérêt d'une telle entreprise est que les éléments du patrimoine de l'associé non affectés à l'entreprise ne sont pas l'objet de la poursuite des créanciers dont le gage est limité aux apports effectués à l'entreprise ». – Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., Economica 2003, n° 96, p. 95 : « comme on ne contracte pas avec soi-même, l'acte constitutif d'une société unipersonnelle ne peut être qu'un engagement unilatéral et non un contrat ».

points de divergence et de convergence entre les structures pluripersonnelle et unipersonnelle relativement à l'acte créateur. La création d'une société pluripersonnelle repose entièrement sur le contrat de société. A partir de sa date, les associés s'obligent l'un à l'égard de l'autre à exécuter leurs obligations et notamment, dans le cas d'une société personne morale, à fournir les apports promis à la société une fois celle-ci est immatriculée. La source des obligations des associés se trouve dans l'acte créateur qui est le contrat de société. Dans ce sens, l'immatriculation ne dépend pas de la volonté d'un seul associé. Si un associé conduit le projet jusqu'au bout, il oblige les autres à exécuter leurs obligations souscrites en vertu de ce contrat.

Se schéma ne peut pas être transposé pour la création d'une société unipersonnelle. Au vrai, il est rare qu'une société pluripersonnelle se forme instantanément. À l'opposé, puisqu'elles ne sont pas concernées par les procédés de mise en place d'un accord⁵⁴⁵, les sociétés créées par une seule personne se forment, en principe, instantanément. C'est aussi le cas des filiales contrôlées à 100 %⁵⁴⁶. L'associé unique procède par décision individuelle ; s'il a besoin d'un certain temps parfois, c'est essentiellement en raison des conseils qu'il sollicite pour la conception de son projet⁵⁴⁷. Cependant, il n'en demeure pas moins que la constitution d'une société unipersonnelle exige deux actes indépendants. Contrairement aux sociétés pluripersonnelles, l'acte unilatéral de société et l'immatriculation de la société relèvent de l'autorité d'une seule personne.

149. Ainsi, dans les développements qui suivent, nous démontrerons deux choses. D'une part, l'acte unilatéral de société n'est qu'un simple acte unilatéral potestatif et ne peut pas recevoir la qualification d'engagement unilatéral de volonté. D'autre part, la décision d'immatriculation qui est l'acte créateur d'une société unipersonnelle a en revanche une nature contractuelle.

150. Selon R.-E. DE MUNAGORRI, « *une fois juridiquement exprimée... la volonté se détache de son auteur pour se concrétiser dans le monde du droit. Elle perd le statut d'un simple fait subjectif au profit de celui d'une décision objective. Une fois extériorisée, la volonté unilatérale perd de sa fragilité pour devenir irrévocable* »⁵⁴⁸. En effet, dans l'acte unilatéral, il n'existe pas « *comme dans le cas du contrat deux individus face à face, dont les volontés*

⁵⁴⁵ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 304, p. 200 : sauf en cas de rachat de toutes les parts ou actions par un associé avant l'immatriculation.

⁵⁴⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n°304, p. 200, et n° 310, p. 203 : La durée de la période de formation dépend du projet et des étapes nécessaires des circonstances particulières à chaque projet que nécessite le projet de société. Ces étapes peuvent aussi être résumées à très peu de chose, notamment lorsqu'il s'agit de créer une filiale entièrement contrôlée, à l'intérieur d'un groupe de sociétés.

⁵⁴⁷ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n°304, p. 200 : Toutefois, l'acte unilatéral n'exclut pas que son promoteur sollicite l'entrée d'autres personnes, et il se transforme alors en une convention.

⁵⁴⁸ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 260, p. 222.

sont prêtes à se recueillir et s'enregistrer l'une l'autre »⁵⁴⁹. « Loin de bénéficier du caractère objectif d'un accord, d'un point de rencontre de deux volontés distinctes, la volonté unilatérale reste plus facilement confinée chez son auteur, comme un pur fait subjectif et psychologique. Elle n'acquiert pas aussi facilement que le contrat une projection objective dans le monde du droit »⁵⁵⁰. Pour être reconnu sur un plan juridique, l'acte unilatéral requiert alors un élément objectif qui lui soit extérieur : une forme⁵⁵¹. « D'un point de vue technique, l'extériorisation de la volonté unilatérale contribue à garantir l'existence d'un acte juridique, à déterminer son contenu, sa date, sa prise d'effet »⁵⁵².

151. Pour ce qui nous intéresse, il est à noter que les formalités de constitution d'une société unipersonnelle sont analogues à celles qui sont exigées pour la société pluripersonnelle. De même que pour toute société tendant à accéder à la personnalité morale, les statuts de la société unipersonnelle, qui constituent l'acte unilatéral de la société, doivent être rédigés par écrit, signés par l'associé unique et déposés au greffe de tribunal de commerce afin de faire immatriculer la société⁵⁵³. Par l'acte unilatéral, l'associé déclare sa volonté d'entrer dans une société en formation et de constituer une société. Cette déclaration de volonté qui s'entoure d'un certain formalisme, met à la charge de l'associé certaines obligations et notamment l'obligation de fournir les apports. Ce formalisme peut-il expliquer l'existence d'un engagement unilatéral ?

Une réponse négative s'impose. En effet, si l'exigence de forme paraît être renforcée pour les sociétés unipersonnelles, la teneur de l'engagement de l'associé unique pendant la période de formation ne permet pas, pour autant, de matérialiser l'existence d'un engagement unilatéral de volonté. Si chaque engagement unilatéral constitue un cas d'espèce particulier, il reste constant que la qualification d'engagement unilatéral implique nécessairement que l'on puisse déterminer l'objet et la cause de cet engagement, et que cette détermination permette de parler d'engagement unilatéral au sens juridique du terme. Plus particulièrement, s'il faut mettre l'accent sur l'obligation d'apport pour déterminer si nous sommes en présence d'un engagement unilatéral de volonté, la clarté de l'explication exigera d'envisager la transposition de l'acte d'apport tant d'après l'analyse contractuelle que d'après l'analyse institutionnelle de la société.

152. En réalité, d'après l'analyse contractuelle, chaque apport est généralement considéré comme un élément d'un acte juridique plus complexe : le contrat de société. Dans ce sens, la prestation effectuée par l'associé est l'apport en

⁵⁴⁹ J. MARTIN DE LA MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral Essai sur sa notion et sa technique en droit civil », thèse, Toulouse 1951, n° 173, p. 167.

⁵⁵⁰ R.-E. DE MUNAGORRI, « L'acte unilatéral dans les rapports contractuels », LGDJ., 1996, n° 258, p. 220.

⁵⁵¹ R.-E. DE MUNAGORRI, op. cit., n° 258, p. 220.

⁵⁵² R.-E. DE MUNAGORRI, op. cit., n° 261, p. 222.

⁵⁵³ P. SERLOOTEN, « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) », Rép. Sociétés, Dalloz. 2001. n° 50.

vue d'obtenir une contre-prestation qui est l'attribution de droits sociaux. Cette attribution de droits sociaux est fonction de l'apport. L'apport constitue de ce fait l'objet de l'obligation de l'apporteur et il est la cause de l'obligation de ses coassociés⁵⁵⁴. Plus précisément, lorsque les associés entendent constituer une société personne morale, chaque associé n'est pas directement débiteur de son apport à l'égard de ses coassociés, mais il est engagé envers eux à fournir l'apport à la société une fois créée. Il est vrai que l'objection soulevée aussitôt est que la société en tant que personne morale n'a pas encore d'existence légale au moment où l'engagement a été pris. Mais il demeure vrai que chaque associé n'est plus libre d'exécuter ou non son engagement tant que l'immatriculation ne dépend pas de la volonté d'un seul associé⁵⁵⁵. Lorsque l'apporteur ne tient pas ses engagements, alors que le projet de société est conduit à son terme et que la société est immatriculée, ses coassociés ou, pour les sociétés par actions, la société elle-même selon la procédure de l'article L. 228-27 du Code de commerce, peuvent le contraindre au versement ou à l'exécution de son apport ; les créanciers peuvent également agir contre l'apporteur défaillant. Cette option peut revêtir la forme de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil qui permet aux créanciers sociaux d'exercer les droits et actions de la société. La jurisprudence leur a également reconnu une action directe contre l'apporteur défaillant⁵⁵⁶. En cas de litige, c'est à lui qu'incombe la preuve de l'effectivité de l'apport. Dans cette optique, quelle que soit l'objection soulevée, on peut admettre l'existence d'une dette d'apport.

153. En revanche, en matière d'acte unilatéral de société, la notion de dette d'apport est difficilement concevable. En effet, par transposition du droit commun des sociétés pluripersonnelles, on estime qu'il y a engagement unilatéral du moment où l'associé unique décide de créer la société et signe l'acte apport ou les statuts. L'objection est que le bénéficiaire de l'engagement n'a pas encore la personnalité juridique et que son existence, au moment où est pris l'engagement, est encore incertaine. Le raisonnement consistant à dire que la société en formation jouit au moins d'un embryon de personnalité morale est écarté car selon l'article 1842, alinéa 1^{er} du Code civil (article 5 de la loi de 1966) les sociétés ne jouissent de la personnalité morale qu'à partir de leur immatriculation. Faute de contrat, la société en formation est régie par le droit des obligations (article 1842, alinéa 2 du Code civil). Or, le droit

⁵⁵⁴ H. BLAISE, « Apports », Rép. sociétés, Dalloz, n° 98.

⁵⁵⁵ Les partisans de la théorie contractuelle avance encore l'argument selon laquelle qu'il est possible de soulever l'objection de la non existence légale de la société personne morale en considérant que la convention d'apport entre l'apporteur et le fondateur agissant en qualité de gérant d'affaires de la société en formation. Il est vrai, que la gestion d'affaire emporte représentation, et il n'est pas possible de représenter une personne n'a pas encore d'existence légale, mais la doctrine admet qu'il est parfaitement applicable à la société en formation, puisque cette personne morale quoique future est déjà déterminée.

⁵⁵⁶ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 243.

des obligations ne fournit aucun élément de réponse au cas particulier de l'acte unilatéral de société. En effet, tant que la volonté de l'associé unique n'est pas liée à une autre, il peut par sa seule volonté révoquer l'acte et renoncer à la constitution de la société. Dans cette situation, il est difficilement concevable que l'on puisse parler d'engagement ou d'obligation *stricto sensu*. Il faut alors chercher l'explication auprès de l'analyse institutionnelle.

154. D'après l'analyse institutionnelle, qui s'attache essentiellement à la volonté de chacun des apporteurs, l'opération n'est pas un contrat mais un acte tendu vers l'avenir, traduisant l'adhésion de l'apporteur à l'idée de l'œuvre à réaliser⁵⁵⁷. L'opération d'apport est analysée de deux manières. Ou bien l'on y voit une manifestation de volonté qui, reliée à celle de tous les apporteurs, contribue à la réalisation d'un véritable acte collectif⁵⁵⁸. L'acte d'apport est alors un acte de procédure au moyen duquel son auteur s'intègre dans une opération plus vaste ayant pour objet la création d'une société. Ou bien l'on peut chercher à écarter tout élément contractuel de la fondation des sociétés de capitaux et l'on est alors conduit à faire de l'apport l'objet d'un engagement unilatéral des associés⁵⁵⁹.

Cette conception faisant de l'apport l'objet d'un engagement unilatéral des associés est certes assez controversée⁵⁶⁰. Cependant, elle peut nous aider à résoudre la question à savoir si l'acte unilatéral créant une société unipersonnelle peut être analysé comme un engagement unilatéral en tant que procédé de la technique juridique. Selon cette conception, élaborée à propos de la souscription des actions,

⁵⁵⁷ M.-J. CABBASSÉDÈS, « *La nature et le régime juridique de l'opération d'apport* » : Rev. sociétés 1976, p. 431.

⁵⁵⁸ M.-J. CABBASSÉDÈS, « *La nature et le régime juridique de l'opération d'apport* » : Rev. sociétés 1976, p. 431.

⁵⁵⁹ H. BLAISE, « *L'apport en société* », thèse, Sirey, 1955, n° 107. – J.-J. DAIGRE, « *L'EUURL : vains regrets, vrais intérêts* » : RJ com., 1988, p. 1 : « *même constituée par plusieurs, la société est plus un faisceau de volontés unilatérales concordantes, convergeant vers un même but commun, qu'un échange de consentements* ».

⁵⁶⁰ Sur cette théorie V. G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1425, p. 301 et s : « *la jurisprudence a reconnu la valeur juridique de l'engagement unilatéral quand il est soutenu par une certaine forme. En matière de société, elle n'a pas osé abandonner l'idée d'un contrat de souscription parce que la théorie de l'engagement unilatéral est mal faite dans notre droit actuel. Si elle renonçait, tout s'éclairerait. On ne peut plus aujourd'hui ramener au contrat tous les mécanismes juridiques. La société anonyme a sa technique propre* ». – Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 258, p. 297 : admettre de façon exceptionnelle l'engagement unilatéral de volonté est l'explication la plus satisfaisante. – A. RIEG « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, n° 448, p. 452 : le recours à la promesse unilatérale n'est pas indispensable. En réalité, on est en présence d'une sollicitation formulée par les fondateurs et la souscription se présente comme l'adhésion donnée à l'offre d'entrer en société. – H. BLAISE, « *Apports* », Rép. sociétés, Dalloz, n° 106 et s. – P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 649, p. 432 et s : la souscription ne se confond pas avec l'apport lui-même : c'est seulement un engagement d'apport. Mais la souscription n'est pas non plus un acte unilatéral à l'état isolé. Elle peut répondre à une offre formulée par les fondateurs et elle doit être faite par au moins sept personnes ; elle doit se comprendre dans la perspective d'une immatriculation de la société par action. Tout se passe comme si elle rendait le souscripteur débiteur de la société comme l'indique l'article 1843-3 du Code civil.

l'acte d'apport est analysé comme un engagement unilatéral de la part de chacun des apporteurs, au moyen duquel son auteur adhère isolément à l'institution. Il y aurait donc un engagement unilatéral valable parce qu'il a été donné selon certaines formes prévues par la loi⁵⁶¹. Dans cette théorie, l'apporteur ne contracte ainsi ni avec la société, qui n'a pas encore d'existence légale, ni avec les fondateurs, qui ne peuvent céder des droits qui ne leur appartiennent pas. L'apporteur déclare sa volonté d'entrer dans la société qui sera créée⁵⁶².

Cependant, cette manière de voir les choses ne permet pas de conforter l'analyse selon laquelle l'acte unilatéral de société unipersonnelle constitue juridiquement et à proprement parler un engagement unilatéral. En effet, selon cette conception, l'apporteur déclare sa volonté d'entrer dans la société qui sera créée et cette déclaration de volonté, une fois remise aux fondateurs, devient irrévocable⁵⁶³. La révocabilité de l'acte est, en tout état de cause, fondamentale pour que l'on puisse soutenir l'existence d'un engagement unilatéral. Quelle que soit l'analyse retenue, le souscripteur s'oblige à fournir l'apport qu'il a promis et à faire partie de la société. « C'est la remise du bulletin qui rend définitive la déclaration de souscription. Le souscripteur ne peut plus se rétracter dès qu'il s'est dessaisi du bulletin qu'il a signé »⁵⁶⁴. En fin de compte, quelle que soit la théorie avancée pour analyser la nature juridique de l'acte d'apport, l'existence d'une pluralité d'apporteurs est donc nécessaire pour que l'on puisse parler d'une obligation d'apport.

155. Il est vrai que « le contrat de société reste encore fragile tant que l'immatriculation n'est pas survenue. De plus, sa force obligatoire est sujette à caution, dans la mesure où son contenu même a été conçu en fonction d'une personnalité morale acquise – ce qui, par construction, n'est pas encore advenu »⁵⁶⁵. Cependant, s'il est possible de considérer qu'une créance existe sur l'autre associé quand il y en a au moins deux, cette analyse ne peut qu'être exclue s'il s'agit d'un associé unique.

D'une part, il convient d'admettre qu'au moment de la signature des statuts, il n'y a pas un créancier corrélatif à l'égard duquel un engagement est pris, ce qui ne

⁵⁶¹ V. G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1420, p. 229 : les dispositions légales est destinées à protéger le souscripteur contre les erreurs et les tromperies. La forme sert à la protection du consentement. V. également, *Ibid.*, n° 1422, p. 300.

⁵⁶² G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2., op. cit., n° 1425, p. 302.

⁵⁶³ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2., op. cit., n° 1425, p. 302.

⁵⁶⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2., op. cit., n° 1421, p. 300 ; V. également, n°1421, p. 300 : « le bulletin est une réponse à l'offre des fondateurs. Ce qui est exact, c'est que les fondateurs ont le droit de repousser une souscription si elle est tardive ou de la réduire, parce qu'ils se réservent ce droit au cas où le capital social se trouver dépassé par le montant total des souscriptions. En revanche, ils ne pourraient repousser un souscripteur déterminé sous le prétexte qu'il serait indésirable ou peu solvable. La société par action ne comporte pas l'agrément personnel des associés quand il se forme par souscription publique ».

⁵⁶⁵ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 334, p. 214.

permet pas de parler d'engagement unilatéral de volonté. En effet, la conception selon laquelle la société en formation jouit d'un embryon de personnalité morale est écartée depuis que la loi subordonne l'acquisition de la personnalité morale à l'immatriculation de la société.

D'autre part, même si l'on admettait que l'engagement peut être pris à l'égard d'une personne non déterminée mais déterminable, l'acte unilatéral de société ne constituerait pas un engagement unilatéral, puisqu'il lui manque la condition d'irrévocabilité. Plus précisément, contrairement aux sociétés pluripersonnelles où l'immatriculation ne dépend pas de la volonté d'un seul associé, l'immatriculation de la société unipersonnelle dépend de la seule volonté de l'associé unique. Puisqu'il est parfaitement révocable sans entraîner aucune responsabilité pour l'associé unique, ce n'est donc que par l'immatriculation que l'on peut caractériser l'existence d'une obligation. Il convient cependant de déterminer la source juridique de cette obligation.

156. En effet, si l'immatriculation de la société unipersonnelle intervient, on peut estimer que la volonté de l'associé unique s'est achevée et devient irrévocable. Selon Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, l'immatriculation est même une condition d'existence de la société à responsabilité limitée d'une seule personne⁵⁶⁶. La décision d'immatriculation n'est donc pas un acte unilatéral totalement nu mais achève une situation antérieure.

À partir de l'immatriculation, les obligations souscrites dans l'acte unilatéral de société deviennent obligatoires. L'associé unique doit notamment fournir les apports promis et, éventuellement, son industrie. L'associé unique doit également respecter les conditions de fonctionnement de la société et notamment son autonomie patrimoniale. Si l'associé unique n'exécute pas son obligation d'apport, les créanciers de la société unipersonnelle, quand cela leur est possible, peuvent l'obliger à le faire. Si l'associé unique ne respecte pas les conditions de constitution et de fonctionnement de la société, il s'expose à certaines sanctions en application des notions de fraude, d'abus des biens sociaux, de simulation et de fictivité ou plus précisément en application de la notion de confusion des patrimoines. La question est alors de savoir si l'on peut soutenir l'existence d'un engagement unilatéral de volonté à partir de l'immatriculation. La décision d'immatriculation rend certes l'acte unilatéral de société obligatoire et les promesses de l'associé unique deviennent certes des obligations, mais s'agit-il d'un engagement unilatéral de volonté ?

De prime d'abord, on peut hésiter à conférer la qualification d'engagement unilatéral à l'acte unilatéral de société ou à la décision d'immatriculation. Toutefois, pour les deux actes, il paraît difficile d'admettre cette qualification et, quelle que soit

⁵⁶⁶ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran...* », LGDJ., 1998, n° 187, p. 142.

l'analyse retenue, il paraît plus exact de parler d'un contrat avec soi-même que d'un engagement unilatéral de volonté.

En premier lieu, s'il est vrai que la création d'une société par acte unilatéral de volonté impose certaines obligations à la charge de l'associé unique, la physionomie de l'engagement unilatéral de volonté et les problèmes juridiques qu'il suscite ne ressemblent guère à ceux rencontrés en matière d'acte unilatéral de société. En effet, raisonner en termes d'engagement unilatéral suppose qu'une personne a mis à sa charge une obligation sans contrepartie alors que la création d'une société unipersonnelle a pour effet premier de limiter l'obligation aux dettes résultant de l'activité de son entreprise.

En second lieu, l'engagement unilatéral suppose l'absence d'une contrepartie, ce qui n'est pas le cas ici, puisque l'associé unique reçoit normalement des bénéfices en contrepartie de son obligation d'apport. Après l'immatriculation, il y aura deux personnes, l'associé unique et la société unipersonnelle qui est une personne morale. Dans ce sens, l'acte d'apport apparaît plus proche d'un contrat avec soi-même que d'un engagement unilatéral. L'associé unique reçoit également un *boni* de liquidation s'il décide unilatéralement de dissoudre la société⁵⁶⁷. En outre, comment soutenir l'existence d'un engagement unilatéral si l'associé unique est le bénéficiaire de cet engagement ? Plus clairement, il est vrai que c'est la société qui est bénéficiaire, juridiquement parlant, mais il faut bien admettre que c'est aussi l'associé unique qui a seul le droit sur les bénéfices sociaux.

Ce sont les raisons pour lesquelles une partie de la doctrine précise que la notion du contrat ne disparaît pas, même au sein de la société unipersonnelle⁵⁶⁸. Selon M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, que la société soit pluripersonnelle ou unipersonnelle, l'engagement sociétaire place chaque associé vis-à-vis de la société « *dans une situation contractuelle composée de droits et obligations corrélatifs* » : par son adhésion à l'acte sociétaire, l'associé s'engage à respecter certaines obligations à l'égard de la société et en contrepartie, est créancier d'un certain nombre de droits, ce qui caractérise une relation de type contractuel⁵⁶⁹.

Dans la société unipersonnelle, faute d'un véritable contrat, on est obligé d'admettre qu'il y a, au moins, une fiction de contrat, puisqu'il y a, techniquement parlant, deux personnes avec des droits et obligations corrélatifs. Le résultat n'est pas

⁵⁶⁷ Et même après l'immatriculation cette révocabilité prend la forme d'une dissolution unilatérale. Et cette situation doit être opposée à l'acte unilatéral de fondation.

⁵⁶⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 10, p. 6.

⁵⁶⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 10, p. 6. – V. également, G. WIKER, Rép. civ. Dalloz, V° Personne morale, n° 94. – En sens contraire, H. BLAISE, « *Apports* », Rép. Sociétés, Dalloz, n° 95 : « *La notion de contrat ne disparaît complètement que dans l'hypothèse où la société est créée par l'acte de volonté d'une seule personne, mais il s'agit d'une situation dérogatoire et exceptionnelle* ».

surprenant, dans la mesure où l'on soutient la transposition de la structure contractuelle à la société unipersonnelle. Plus clairement, l'unicité de la personne de l'associé ne parvient pas à chasser la structure contractuelle de la société, car cette structure se reproduit par la fiction du dédoublement de la personnalité de l'associé unique qui représente également la société. Plus clairement encore, s'il est vrai que la transposition de la structure juridique de la société pluripersonnelle doit tenir compte de l'unicité d'associé, cette transposition ne permet pas de chasser entièrement la référence au contrat qui subsiste cette fois-ci par la fiction du dédoublement de la personnalité de l'associé unique⁵⁷⁰.

157. Il n'en reste pas moins qu'une question demeure cruciale. S'agit-il d'un contrat de société ? Certainement pas, puisque l'associé unique ne s'associe pas avec sa société. L'étude de la forme de l'acte de société permet aussi de confirmer l'absence de qualification sociale. En effet, l'écrit est exigé pour toute société tendant à jouir de la personnalité morale mais, puisque le contrat de société n'est pas solennel, l'absence d'écrit n'interdit pas l'existence même d'un contrat de société, qui sera régi par les principes généraux du droit applicables aux contrats et aux obligations (article 1842, al 2 du Code civil). Il n'en va pas de même pour la société unipersonnelle, car son existence même est subordonnée à l'existence d'un acte déclaratif de volonté. Si le contrat de société n'est pas un contrat solennel, l'acte unilatéral doit être qualifié d'acte solennel, tant il est vrai que les hypothèses d'une société unipersonnelle de fait ou d'une société unipersonnelle créée de fait sont des hypothèses impossibles. Puisque l'écrit est nécessaire à l'existence même de la société unipersonnelle, son absence ne conduit pas à la nullité de la société ou à la modification de son régime juridique mais à son inexistence. Cela démontre clairement l'absence de tout élément de fond ou quelconque critère permettant d'attribuer cette qualification sociale. Il s'ensuit qu'il ne peut y avoir de conception unitaire englobant les sociétés pluripersonnelle et unipersonnelle dans une même notion.

158. Il y a en réalité un montage juridique à la fois trop complexe et trop fragile. C'est la raison pour laquelle la transposition de la structure contractuelle du droit commun à l'unipersonnalité doit être écartée puisqu'elle fausse le raisonnement juridique.

D'une part, cette solution est porteuse des solutions juridiquement regrettables. Elle conduit notamment à faire dialoguer l'associé avec lui-même en raison du caractère contractuel de la société. Il en sera ainsi s'agissant de l'obligation d'exécuter l'apport, de l'évaluation des apports en nature, de la garantie des vices cachés ou encore du régime de la reprise des engagements pendant la période de formation. D'ailleurs, il convient de souligner que le formalisme exigé en matière de

⁵⁷⁰ *Infra* n° 318.

reprise des actes conclus pendant la période de formation est protecteur des associés. Particulièrement, pour les actes conclus entre la signature des statuts et l'immatriculation, la reprise ne peut s'effectuer, en l'absence d'un mandat accordé par les associés à l'un d'entre eux soit dans les statuts soit par acte séparé, qu'en vertu d'une reprise volontaire décidée *a posteriori* par la collectivité des associés (article 6 du décret de 1978). Or, lorsqu'il n'y qu'un seul associé, qui est en même temps gérant, il paraît logique de supprimer ce formalisme qui n' plus raison d'être⁵⁷¹.

⁵⁷¹ J. HOGOT et J. RICHARD, « *Les sociétés unipersonnelles* », Litec, 1985, n° 6.3 : « *logiquement, tout acte accompli par l'associé unique devrait être reprise de plein droit du seul fait de l'immatriculation puisque l'associé unique ne peut pas donner mandat à lui-même* ». - V. P. SERLOOTEN, « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* » : Rép. Sociétés, Dalloz, 2001, n° 57: le contrat de mandat serait irrégulier face aux exigences de l'article 1101 du Code civil qui prévoit pour la formation du contrat une pluralité des parties, exigence reprise pour l'article 1984 pour le contrat de mandat. Toutefois, pour cet auteur, la reprise de plein droit a le mérite de la simplicité, mais cette solution « *ne peut cependant être retenue devant les termes précis de l'article 26 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 qui subordonne la reprise à l'existence d'un mandat. Ainsi faute de gérant non associé, la reprise automatique des actes accomplis entre la signature des statuts et l'immatriculation de la société n'est pas possible de telle sorte que la seule solution réside dans la ratification a posteriori par l'associé unique* ». - C'est, d'ailleurs, la position adoptée par la Cour de cassation qui considère qu'il ne peut pas avoir de reprise implicite et, dès lors, une décision sociale est impérative, même dans les sociétés unipersonnelles (Cass. com., 31 mai 2005: Bull. july 2005, p. 1417, note H. LÉCUYER. - D. 2005, p. 1700, obs. A. LIENHARD; JCPN 2005, p. 1725, note S. CASTAGNÉ; RTD com., 2005, p. 529, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET). Toutefois, il convient de remarquer que cette solution est d'autant plus regrettable puisqu'il fait dépendre le sort de cautionnement d'une décision totalement arbitraire de l'associé unique. Dans cet arrêt du 31 mai 2005, la Cour de cassation a décidé, conformément aux articles L.223-1, al. 2, L. 223-31 al. 3 du Code de commerce et l'article 6, al. 4 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif aux sociétés commerciales et civiles, qu' « *après l'immatriculation de la société au Registre du commerce et des sociétés, la reprise des actes souscrits par l'associé unique au nom de l'EURL en cours de constitution ne peut résulter que d'une décision expresse de l'associé dans le registre spécial* ». En l'espèce, une banque a consenti un prêt à un entrepreneur qui avait apporté son fonds de commerce à un EURL. Le prêt a été garanti par certains de ses proches qui se sont engagé comme cautions hypothécaires. Par la suite, l'entrepreneur étant décédé et le prêt n'a pas été remboursé. En effet, l'EURL ayant déposé le bilan, la banque a lancé alors à l'encontre des cautions une procédure de saisie immobilière. Toutefois, les cautions ont défendu que le registre de délibération de l'EURL ne fait aucune décision de reprise du prêt et, par voie de conséquence, elles ne sauraient être tenues dans la mesure où le débiteur principal, qui est l'EURL, ne l'était pas. Mais, la Cour d'appel, quant à elle, avait rejeté une telle argumentation au motif que l'associé unique avait accepté le virement des fonds empruntés sur le compte de l'EURL et qu'il les avait, ensuite, *ès qualité* de gérant et associé unique utilisés au profit de la société. En outre, une partie importante de ces fonds avait été, le jour même, mis à la disposition d'une autre société placée sous le contrôle de l'associé unique et quatre frères cautions de l'engagement pris. Par conséquent, ces actes, opérés par l'associé unique, seul investi des pouvoirs pour ce faire, établissaient à suffisance la « reprise ». Précisément, le fait que l'associé unique ait perçu le montant du prêt et en ait disposé sans émettre de réserve valait ratification implicite. Cet arrêt a pourtant été cassé par la Cour de cassation en précisant que : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans constater que la reprise des engagements résultant du prêt contracté au nom de la société avait fait l'objet d'une décision sociale, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Les formalités légales relatives à la reprise des engagements après l'immatriculation de la société constituent en réalité, des règles de fonds exigées pour la validité de l'acte de reprise. Selon M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, commentant l'arrêt susmentionné, « *le créancier pourrait sans doute invoquer la fraude, ou encore la gestion d'affaires ; mais on imagine les difficultés de la preuve à apporter. Décidément, le fondamentalisme juridique de la Cour de cassation en matière de reprise laisse le goût amer au*

D'autre part, en cas de manquement de l'associé unique à son obligation d'apport, les créanciers n'agissent pas tant que la société est *in bonis*. La société unipersonnelle ne jouit pas d'une force interne lui permettant d'agir par elle-même en tant qu'institution indépendante permettant de garantir la réalité de l'affectation patrimoniale. Le tribunal sera fort tenté de sanctionner tout manquement à l'obligation d'apport par l'extension des procédures collectives à l'associé unique. C'est la raison pour laquelle la doctrine insiste sur le fait que l'associé doit respecter scrupuleusement les procédures de constitution sous peine de voir considérer la société comme fictive⁵⁷². Il doit, autrement dit, pousser la fiction jusqu'au bout exactement comme s'il n'existait ni société ni personne morale.

En fin de compte, tout se ramène à dire que l'associé doit exécuter son obligation d'affectation patrimoniale de bonne foi sous peine que la société puisse être considérée, par la suite, comme fictive. Si en revanche on cesse de raisonner en termes de société et d'engagement unilatéral de volonté et si l'on accepte de considérer qu'il n'existe simplement, du fait de l'unicité du fondateur, que des actes de procédure préparatoires à une séparation des patrimoines rendant opposable aux tiers une limitation de responsabilité à hauteur des biens engagés dans une exploitation déterminée, on arrive alors à une conception juridique cohérente et plus satisfaisante. Dans ce cas, il faudrait lui inventer un régime juridique propre, qui ne ressemble certes pas à la technique d'origine, mais que conseillent la vraie nature de l'institution ainsi créée et les impératifs de la sécurité juridique.

Il faut encore rappeler que lorsqu'une personne exerce son activité commerciale ou civile sous forme d'entreprise individuelle et non sous forme de société unipersonnelle, elle affecte certains biens à son entreprise pour rendre possible l'accomplissement du but lucratif. Sur le plan de l'organisation de la société unipersonnelle, elle évoluera sans doute en considération d'un acte instituant une organisation patrimoniale de l'entreprise individuelle, sans que l'on puisse raisonner en termes d'engagement unilatéral ou de contrat avec soi-même.

Il est vrai que dans bien des cas, une certaine convergence existe entre les procédures d'affectation en matière de société unipersonnelle et la société du droit

regard du sentiment de l'équité ». Il convient d'ajouter à cela que, dans le cas où la société unipersonnelle est *in bonis*, le défaut d'une reprise régulière serait défavorable à l'associé unique. En effet, dans ce cas, le prêt serait considéré comme souscrit au nom personnel de l'associé unique et c'est lui qui serait seul débiteur envers la banque : la responsabilité limitée recherchée à travers l'EURL s'efface pour non-respect du formalisme inhérent à l'adoption d'un cadre sociétaire : S. CASTAGNÉ, note sous Cass. com. 31 mai 2005, préc., JCP N 2005, p. 1725.

⁵⁷² P. SERLOOTEN, « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : Rép. Sociétés Dalloz, éd., février 2001, n° 73 : Compte tenu du caractère très particulier de la société à responsabilité limitée unipersonnelle et de ses objectifs spécifiques, les plupart des EURL ne sont constituées qu'avec un apport en numéraire. Pour ces apports l'auteur insiste sur la nécessité pour l'associé unique de respecter les formalités exigées par la forme sociale choisie de façon à éviter que, par la suite, une EURL ne soit considérée comme fictive.

commun, mais il reste également vrai que la physionomie de la technique est élaborée sur un fondement différent : ce n'est plus la mise en commun des apports qui commande l'élaboration du système, mais c'est la protection des droits des tiers qui commande un régime juridique spécifique. Il s'agit tout simplement d'un acte d'organisation ou d'un acte réglementé qui a pour but de fractionner le patrimoine d'une seule personne. La notion de société unipersonnelle est dès lors réduite à une appellation légale.

159. Conclusion de la section 1. La transposition de la structure contractuelle à la société unipersonnelle engendre cette conséquence absurde que l'acte créateur d'une société unipersonnelle maintient l'existence d'une fiction de contrat. L'idée de contrat subsiste par la fiction de dédoublement de la personnalité de l'associé unique sans que l'on puisse conférer à l'acte créateur une qualification sociale⁵⁷³. Il faudrait alors éliminer toute qualification sociale pour la société unipersonnelle et d'affirmer que la société est restée le contrat qu'il n'a jamais cessé d'être. Par conséquent, la notion de société unipersonnelle doit dès lors être remise en cause car, elle répond à un régime juridique différent que celui des sociétés pluripersonnelles. Les deux notions supposent aussi des solutions non semblables.

Cela n'a pas empêché, pourtant, une partie de la doctrine de soutenir une notion unitaire en cherchant le moindre dénominateur commun. Cependant, ni la structure de la volonté déclarée ni la structure de la volonté interne de l'associé unique ne permet d'aller dans cette voie. Afin de nier en dernier lieu toute qualification sociale, il convient d'établir l'absence d'une théorie unitaire de société englobant la société unipersonnelle.

Section 2. L'absence d'une théorie unitaire de la société englobant la société unipersonnelle

160. Avec l'admission de la société unipersonnelle, deux tendances doctrinales se sont dégagées. La première est hostile à l'admission de la société unipersonnelle⁵⁷⁴. Conformément à une vision classique, ce courant doctrinal invite à

⁵⁷³ *Supra* n° 157 et s.

⁵⁷⁴ N. BARUCHEL, « La personnalité morale en droit privé. Eléments pour une théorie », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 664. – F. DEKEUWER-DÉFOSEZ, « Droit commercial », Montchrestien, 9^e éd., 2007, n° 174, p. 139 : « Les inconvénients tiennent à la structure sociale elle-même. Sur le plan théorique, la définition de la société a dû être revue pour intégrer tant bien que mal les sociétés constituées dès l'origine par une seule personne. Dans la mesure où la société unipersonnelle n'est pas fondée sur un contrat, elle repose sur une manifestation unilatérale de volonté. Outre qu'il s'agit là d'une dérogation importante aux principes du droit français, il est particulièrement difficile d'intégrer dans une même définition les sociétés qui continuent de reposer sur un accord de volonté et celle qui sont « instituées » par une seule personne (voir la rédaction contournée de l'art.1832 C civ. Actuel). En un mot, L'EURL puis la SASU ont abîmé le droit des sociétés ». - M.-Th. CALAIS-AULOY, « Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL » : D. chron., 1986, p. 249 : « c'est un contre sens qui a gêné le législateur lui-même puisque pour désigner sa nouvelle création, il n'a pas osé employer les mots de société unipersonnelle, il a créé la très beau vocal d'EURL. Mais cela

se rendre à l'évidence : la notion de société exprime l'association entre deux ou plusieurs personnes et, en l'absence d'une telle association, on n'est plus en présence d'une société mais d'une autre notion qui ne ressemble ni par ses conditions ni par ses effets et donc pas davantage par son régime juridique à la notion de société. Il faudrait donc inventer pour elle un régime juridique de toutes pièces. En outre, conformément à la *ratio legis*, la société unipersonnelle est une création artificielle du législateur, destinée à tourner le principe de l'unicité du patrimoine⁵⁷⁵. Dans ce sens, elle n'a pas, du point de vue juridique, d'incidence sur la notion de société qui demeure un contrat. Ce raisonnement tend à préserver le caractère contractuel et collectif de la société et à sauver son unité⁵⁷⁶.

A ce courant doctrinal s'oppose une conception favorable à la société unipersonnelle. Le point de départ de la réflexion est l'insuffisance de la théorie contractuelle de la société, concurrencée par la théorie institutionnelle, et incapable de résister devant les nécessités économiques et pratiques. Plus précisément, on a tendance, tout d'abord, à dénoncer le divorce entre le fait et le droit en raison de la multiplication des sociétés fictives qui masquent, en réalité, l'activité personnelle du maître de l'affaire. En pratique, on invoque, la société unipersonnelle de fait (le cas de l'associé majoritaire) et en droit on évoque l'accueil favorable fait à la société

ne change rien au fait que nous n'avons plus désormais de notions sûres : nous ne savons plus à quoi rattacher le concept de société, pas plus que le concept d'entreprise. Il est vrai que pour le concept d'entreprise nous ne l'avons jamais connu ». A. SAYAG, « De nouvelle structure pour l'entreprise » : JCP G 1985, I, n° 3217 ; même auteur, « Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle ? Une remise en cause infructueuse », In *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires...à propos des structures juridiques de l'entreprise*, CREDA 1968-1988 : Cah. dr. entr., 8 février 1990, n° 1, p. 22.

⁵⁷⁵ Il est vrai que l'interprétation des textes selon la *ratio legis*, la raison d'être de la loi, n'est pas toujours admise. Elle comporte, en réalité, de multiples inconvénients : cette méthode comporte une grande part d'artifice puisqu'elle suppose que le législateur œuvre d'une manière rationnelle. En plus, cette méthode suppose de recourir aux travaux préparatoires. Or, d'une part, ces travaux n'ont pas une valeur normative. D'autre part, si les travaux préparatoires constituent un guide précieux pour apprécier le sens de la loi et fait prévaloir l'esprit de la loi sur sa lettre, l'intention du législateur, comme les textes vieillissent. En outre, la volonté du législateur ne peut pas s'appliquer à des situations non prévues au moment de la promulgation de la loi. Sur la question de la *ratio legis* comme mode d'interprétation V. J.-L. BERGEL, « *Méthodologie juridique* », 1^{ère} éd., 2001, PUF, p. 240. - Ch. GOLDIE-GENICON, « *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* », LGDJ., 2009, n° 388 et s., p. 499. - Cependant, en matière de société unipersonnelle, la majorité de la doctrine et la jurisprudence donne une importance capitale à la *ratio legis* de la loi, comme mode d'interprétation, Ainsi selon la Cour de cassation : « *que l'EURL. Étant une SARL. On ne saurait opposer à son gérant associé unique, en l'absence de toute démonstration d'un comportement spécifique démontrant l'utilisation de la société à des fins personnels étrangères à son objet, une prétendue confusion de patrimoine, le législateur, en instituant l'EURL. Ayant précisément voulu permettre à une personne physique ou morale de constituer un patrimoine d'affectation doté de la personnalité juridique et de la limitation de responsabilité* » : Paris, 9 février 1999 : Bull. joly 1999, § 118, p. 548, note, J.-Ph. DOM ; Rev. Sociétés 1999, p. 412, note Y. GUYON - Cass. com., 14 juillet 1995 : JCP E 1996, II, p. 784, obs. L. LEVENEUR. - Cass. com., 19 mai 1998 : Bull. civ. 1998, n° 159, p. 128.

⁵⁷⁶ V. J. TERRAY, « *La société une tradition bien vivante* » : JCP G 1984, I, doctr., n° 3154 : « *l'évocation des groupes de sociétés et de la société d'une seule personne, questions capables de faire naître une réflexion fructueuse, mais aux conséquences délicates à prévoir* ».

devenue unipersonnelle à la suite de la réunion de toutes les parts ou actions entre les mains d'une seule personne. Ensuite, le passage de la forme unipersonnelle à la forme pluripersonnelle ou inversement se fait par une simple cession de parts ou actions⁵⁷⁷. L'EURL est, par voie de conséquence, une variété de la SARL de la même façon que la SASU est une variété de la SAS. Enfin, l'admission progressive des sociétés unipersonnelles ne permet plus de soutenir que la société unipersonnelle demeure une exception⁵⁷⁸. Les deux notions de contrat et de société sont alors nettement dissociées. Dans cette optique, la quête d'une théorie unitaire de la société, puisant son fondement ailleurs que dans le contrat, devient indispensable. La société a subi l'influence de sa propre évolution, et l'on parle d'une conception moderne de la société⁵⁷⁹.

La qualification institutionnelle de la société constitue donc la base d'une théorie unitaire de la société. Cette théorie unitaire n'intéresse pas uniquement la volonté déclarée de l'associé unique mais également sa volonté interne. Dans ce sens, une partie de la doctrine a tenté d'élaborer une théorie unitaire des sociétés fictives englobant la société unipersonnelle. Toutefois, cette théorie unitaire, qui intéresse tant la volonté déclarée que la volonté interne de l'associé unique, ne peut pas être admise. Non seulement elle postule un degré d'abstraction trop élevé qui la rend non opératoire sur le plan juridique mais également elle ne correspond pas au droit positif.

Dans cette optique, nous traiterons, dans un premier temps, de l'absence d'une théorie unitaire de la société tirée de la notion d'institution (§ 1). Dans un deuxième temps, nous envisageons l'absence d'une théorie unitaire de la société fictive englobant la société unipersonnelle (§ 2).

⁵⁷⁷ Il convient de noter que cette possibilité n'est valable pour certaines sociétés unipersonnelles ayant un régime juridique dérogatoire. Il est ainsi en matière de l'EURL qui ne peut pas devenir pluripersonnelle. De même, la SUIR ne peut devenir pluripersonnelle qu'exceptionnellement. Il ne pourra être dérogé à la condition tenant à l'unicité de l'associé qu'à la suite du décès de cet associé unique, et avec des associés qui sont obligatoirement les héritiers de l'associé initial de la SUIR.

⁵⁷⁸ V. Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE « *De l'E.U.R.L. à la S.A.S.U. ou du big bang à la transformation du concept de société par l'unipersonnalité* », Petites affiches, 2000, n° 185, p. 48 : c'est l'introduction de l'EURL et de l'entreprise agricole à responsabilité limitée qui a nécessité une modification de la définition de la société contenue à l'article 1832 du Code civil. La société peut être, selon l'expression du législateur, « instituée » par un contrat ou par la manifestation de la volonté d'une seule personne. Ainsi, de contrat à exécution successive, le contrat de société devient contrat instantané. Cela fait donc plus de quinze ans que les concepts de société et de contrat sont nettement dissociés. Certes, on a cru un moment que l'alinéa 3 de l'article 1832 du Code civil apportait une exception au principe de l'assimilation de la société et du contrat posé par l'alinéa 1. Mais si le législateur avait voulu maintenir le principe de l'assimilation du contrat et de la société dans le cadre de la société pluripersonnelle, il n'aurait pas modifié la lettre de l'alinéa 1. Il aurait suffi d'ajouter l'alinéa 3 dans sa rédaction actuelle. Qui après la société par action simplifiée unipersonnelle soutiendra encore pareille thèse ?

⁵⁷⁹ J. PAILLUSSEAU, « *Les fondements d'un droit moderne des sociétés* » : JCP E 1984, II, n° 14193, p. 165 et JCP G 1984, I, n° 3148 ; même auteur, « *Le droit moderne de la personnalité morale* » : RTD civ., 1994, p. 705.

§1. L'absence d'une théorie unitaire de la société tirée de la notion d'institution : la qualification de la volonté déclarée

161. Jusqu'à une époque récente, l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence n'expliquait la société que par l'analyse contractuelle héritée du droit romain. La société est avant tout un contrat et elle est en tant que tel abandonnée à la volonté de ceux qui lui donnent naissance⁵⁸⁰. En outre, la conception contractuelle de la société a été défendue au XIXe siècle car elle cadrerait merveilleusement avec la théorie générale de l'autonomie de la volonté et aussi parce qu'elle autorisait, au nom de la liberté contractuelle, toutes les combinaisons et toutes les modifications des règles légales⁵⁸¹. De surcroît, c'est la pluralité d'individus qui se trouve à la base même de la construction du droit des sociétés anonymes, et c'était la tendance des pays latins que de limiter strictement la notion de société au groupement. C'est celle qui inspire et détermine l'ensemble des règles élaborées par le législateur pour le fonctionnement de la société⁵⁸². Seule l'accumulation des capitaux par un grand nombre de personnes permettait de mettre en marche la machine du capitalisme moderne, la société anonyme⁵⁸³.

162. Il est cependant certain que l'idée de contrat ne suffit pas à rendre compte de tout le droit des sociétés⁵⁸⁴. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont trouvé naturel de transposer la notion administrative d'institution en droit des sociétés⁵⁸⁵. La thèse institutionnelle s'est imposée, notamment en raison du cousinage

⁵⁸⁰ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 33.

⁵⁸¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., n° 1056-18.

⁵⁸² L.-T. DE PINHO E ALMEIDA, « *La société unipersonnelle Droit français et de droit comparé* », thèse, Nice 1972, p. 1.

⁵⁸³ L.-T. DE PINHO E ALMEIDA, thèse, préc., p. 1.

⁵⁸⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2, op. cit., n° 1056-18.

⁵⁸⁵ La notion d'institution est d'origine publiciste, élaborée et systématisée essentiellement par le Doyen HAURIOU. Ainsi selon cet auteur, l'institution est « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures » : M. HAURIOU, « *L'institution et le droit statutaire* », Recueil de législation de Toulouse, 1906, p. 174. – V. également, J. AUSSÉDET, « *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. III. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* », Rapport : Petites affiches, 23 mai 1980, n° 62, p. 13 et 26 mai 1980, n° 63, p. 3 : Il y a institution lorsque sont réunis les éléments suivants : une idée d'œuvre ou d'entreprise qui crée le lien social ; une collectivité humaine intéressée à la réalisation de cette idée ; une organisation, c'est-à-dire un ensemble de moyens destinés à permettre d'atteindre la fin commune, la réalisation de cette idée ; la manifestation d'une communauté d'idées entre la masse des membres et les organes dirigeants. – Sur la notion d'institution en droit des sociétés V., Rapp. E. DU PONTAVICE, « *Le droit des sociétés commerciales en question* », conférence du 6 mars 1989 : RJ com., 1989, p. 245. – Cl. CHAMPAUD, « *Le contrat de société existe-t-il encore ?* », in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux de la faculté des sciences juridiques de Rennes, p. 135 ; même auteur, « *Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle* » : Rev. sociétés 2000, p. 78. – M. BERGERAC et A. BERNARD, « *Fantaisie à deux voix* » : D. 2000,

existant entre le droit administratif et le droit des sociétés, ainsi qu'entre l'institution et la société⁵⁸⁶. En outre, l'admission de la société unipersonnelle est présentée comme la conséquence d'une évolution qui a fait rompu avec le caractère contractuel de la société pour lui donner un caractère institutionnel⁵⁸⁷. Certains auteurs ont même insisté sur la nouvelle rédaction de l'article 1832 du Code civil, selon lequel « *la société est instituée...* », pour voir dans la théorie de l'institution la base d'une théorie unitaire de la société englobant la société unipersonnelle. Toutefois, cette explication, bien que les travaux préparatoires soient allés dans son sens⁵⁸⁸, apparaît à la fois inadéquate et inopérante. Il convient de faire un exposé critique de la notion d'institution (A) avant de montrer l'incidence de la transposition de la notion d'institution sur la qualification sociale de la société unipersonnelle (B)

A. Exposé critique de la notion d'institution

163. La thèse institutionnelle se fonde sur le doute affectant la nature contractuelle de l'acte de société : sans doute la société naît-elle toujours d'un acte juridique volontaire, mais cet acte est-il bien un contrat ? En insistant sur certains arguments une partie importante de la doctrine préfère souligner le caractère institutionnel de l'acte de société au détriment de son caractère contractuel. Nous exposerons ces arguments avant de rappeler les critiques.

164. Selon une partie de la doctrine, l'analyse de cette manifestation de volonté n'aurait pas dû conduire le législateur à la qualification de contrat, mais plutôt à celle d'acte unilatéral collectif⁵⁸⁹ : les volontés ont le même contenu et tendent vers le même but. Contrairement aux contrats où les parties poursuivent un but égoïste, la particularité de l'acte de société consiste dans le fait qu'il est fondé sur la confraternité et la coopération commune. Plus clairement, selon cette doctrine, le contrat doit arbitrer entre volontés adverses, alors que dans l'acte de société, les intérêts des associés sont convergents, leurs obligations sont similaires, leur but est identique.

p. 318. – J. PORTEMER, « *Du contrat à l'institution* » : JCP G 1947, 586. – J. MESTRE, « *La société est bien encore un contrat* », In Mélanges Chr. MOULY, p. 13. – G. FLORES et J. MESTRE, « *Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société* » : Petites affiches, 14 mai 1986, n° 58, p. 25-27. – Paris 26 mars 1966 : Gaz. Pal. 1966, p. 400 ; RTD com., 1966, p. 351, obs. R. HOUIN. – D. VELARDOCCHIO, note in « *Grands arrêts du droit des affaires* », n° 48, par J. MESTRE, E. PUTMAN et E. VIDAL. – J.-M. BERMOND DE VAULX, « *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* » : JCPE, 15921, n° 1, n° 4.

⁵⁸⁶ J.- C. MAY, « *La société : contrat ou institution ?* », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, p. 122.

⁵⁸⁷ J. PAILLUSSEAU, « *Les fondements du droit moderne des sociétés* » : JCP E, II, 14193 ; JCP G, I, 3148.

⁵⁸⁸ V. GOUZÈS, Rapport à l'Ass. Nat., n° 2598, p. 15 et 17. – J.O., Déb., Ass. Nat., 19 juin 1985, p. 1726 et s., et spéc. p. 1735.

⁵⁸⁹ Sur cette notion V. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », thèse, Toulouse, LGDJ., 1961, sous la direction de G. MARTY. – *Infra* n° 319, spécialement n° 322.

165. La conception institutionnelle est encore soutenue pour compléter l'analyse contractuelle du fait que la société génère très fréquemment dans la vie juridique une personne nouvelle qui a une vie propre⁵⁹⁰. Plus la personnalité morale s'opacifie, plus la notion de contrat s'affaiblit⁵⁹¹. D'après une théorie mixte qui propose de concilier la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle : la société reste un contrat jusqu'à l'acquisition de la personnalité morale ; ensuite elle devient une institution⁵⁹². Plus précisément, la personnalité morale échappe à l'emprise de la volonté des associés : la sphère de la liberté serait limitée à la volonté de constituer la société et à la mise en œuvre des moyens propres à la faire naître sur le plan du droit, mais la personnalité morale aussitôt née, des organisations institutionnelles s'imposeraient pour empêcher que la personne morale soit totalement abandonnée à l'arbitraire des associés⁵⁹³.

166. Dans cette optique, il est intéressant de noter que la thèse institutionnelle tire une grande partie de sa force de la multiplication et de l'abondance des règles impératives s'imposant aux parties et finissant par chasser la liberté contractuelle et par là, le contrat⁵⁹⁴.

Tout d'abord, le législateur règle impérativement les formes de la constitution et les associés adhèrent sans discussion à la quasi-totalité des clauses des statuts qui sont la reproduction ou l'interprétation stricte des textes légaux et réglementaires. Ensuite, le détachement de la société des volontés de ceux qui lui ont donné naissance est rendu encore possible par l'institution légale de pouvoirs hiérarchisés. En effet, la théorie institutionnelle trouve son terrain d'élection dans les sociétés à responsabilité limitée⁵⁹⁵ et essentiellement dans la société anonyme. Dans ce domaine, les juges n'hésitent pas à limiter le jeu des volontés individuelles.

⁵⁹⁰ J.-C. MAY, « *La société : contrat ou institution ?* », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, p. 122.

⁵⁹¹ J. ESCARRA, « *Cours de droit commercial* », Sirey, 1952, n° 442.

⁵⁹² Ainsi, l'article 1842 du Code civil met bien en lumière le caractère hybride de la société à travers ses deux alinéas : le premier prévoit l'acquisition de la personnalité morale par la société lors de l'immatriculation au registre de commerce, tandis que le second ajoute que, jusqu'à cette 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* ».

⁵⁹³ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, 2001, n° 203, p. 69 : *L'idée* est une notion clé dans la théorie institutionnelle. Selon cet auteur, *l'idée* remplit dans la théorie de l'institution le rôle que remplit *l'intérêt* dans la théorie de la réalité : elle est le fondement de l'institutionnalisation dans l'une et de la personnification dans l'autre.

⁵⁹⁴ J.-C. MAY, « *La société : contrat ou institution ?* », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, p. 130. – F. DERRIDA, « *De la nature des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966* » : In *Études offertes à J. AUDINET*, p. 42, n° 1. – J. FOYER, « *Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance ?* » : *Rev. Sociétés*, 2000, p. 103. – R. RANDOUX, « *Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre* » : *Rev. sociétés*, p. 105.

⁵⁹⁵ Excepté la SAS.

« L'exemple le plus caractéristique en est cette jurisprudence inaugurée en 1946⁵⁹⁶ et toujours maintenue⁵⁹⁷, considérant que les volontés individuelles ne peuvent pas modifier la répartition des pouvoirs que la loi a instituée entre les différents organes de la société anonyme. Le moule légal est un cadre à prendre tel quel ou à laisser, il n'appartient ni aux statuts ni à un quelconque montage contractuel de l'altérer »⁵⁹⁸. Ainsi, les dirigeants sociaux sont moins des mandataires que des organes ou des représentants légaux des intérêts de la société.

167. De surcroît, la loi de la majorité est substituée à la loi de l'unanimité, conception purement contractuelle fondée sur l'article 1134 du Code civil et qui rendait, dans les faits, la société prisonnière de statuts non adaptés à une nouvelle situation⁵⁹⁹. En réalité, depuis avant le Code civil et jusqu'en 1978, il n'est nullement question de faire, en tant que telle, une place à la société institution⁶⁰⁰. Cependant, postérieurement aux Codes, la reconnaissance du pouvoir donné à la majorité dans la société anonyme de modifier le pacte social est venue encore troubler la vision d'une société contrat, plus précisément de la "société anonyme contrat"⁶⁰¹. Cette solution a été, en effet, consacrée pour mieux répondre aux exigences de la pratique en permettant aux organes de la société de perfectionner un organisme et pour mieux rendre compte de l'existence d'une personne morale nouvelle en limitant les volontés individuelles. Cette incitation grandit selon l'analyse que l'on fait de l'intérêt social, intérêt des parties à l'acte, intérêt bien compris des associés, intérêt de l'entreprise⁶⁰².

⁵⁹⁶ Cass. civ., 4 juin 1946 : JCP G 1947, II, n° 3518, note D. BASTIAN ; S. 1947, I, p. 153, note P. BARBRY.

⁵⁹⁷ Cass. civ., 11 juin 1965: RTD com., 1965, p. 861, obs. R. HOUIN. – CA Aix, 28 Septembre 1982 : Rev. sociétés 1983, p. 773, note J. MESTRE.

⁵⁹⁸ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 37.

⁵⁹⁹ J.-C. MAY, « *La société : contrat ou institution ?* », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, p. 134.

⁶⁰⁰ J.-C. MAY, « *La société : contrat ou institution ?* », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, p. 122. – R. HOUIN et F. GORÉ, « *La réforme des sociétés commerciales* » : D. 1967, n° 6. – Y. CHARTIER, « *La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978* » : JCP G 1878, 2917, note 124. – M. JEANTIN, « *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978* » : D. 1978, p. 174, n° 7. – J. FOYER, « *La réforme du titre IX du livre III du Code civil* », Rev. sociétés 1978, p. 1 et s. – J. HAMEL, « *Quelques réflexions sur le contrat de société* », in *Mélanges J. DABIN*, 1963, p. 652.

⁶⁰¹ J.-C. MAY, « *La société : contrat ou institution ?* », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, p. 133.

⁶⁰² J.-C. MAY, « *La société : contrat ou institution ?* », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, p. 122. – Sur la notion d'intérêt social V. notamment : A. PIROVANO, « *La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise* », D. 1997, chron., p. 189. – Cass. com., 21 janvier 1970 : JCP G 1970, II, 16541, note B. OPPETIT. – Paris 22 mai 1965 : D. 1968, p. 147, note R. CONTIN. – M. COZIAN, A. VIANDIER, DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 22^e éd., 2009, n° 374. – J. PAILLUSSEAU, « *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise* », Sirey, 1967, p. 196 et s ; même auteur, « *Les fondements du droit modernes des sociétés* » : JCP E 1995, 1, p. 448.

168. Enfin, la conception institutionnelle est encore retenue lorsqu'il s'agit d'assurer la préservation de l'intérêt et de l'instrument sociétaire⁶⁰³. Ainsi, l'article 1844-7, 5° du Code civil, ne permet de prononcer la dissolution anticipée de la société pour mésintelligence entre les associés que si celle-ci paralyse le fonctionnement de l'institution. Tel est le cas aussi de l'article 1844-5 indiquant que la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de la société⁶⁰⁴.

169. Les critiques adressées à la thèse institutionnelle sont, néanmoins, nombreuses.

En premier lieu, les textes de la loi ne font pas référence à la notion d'acte juridique collectif, mais continuent à viser le contrat. La théorie de l'acte juridique collectif est inutile puisqu'elle n'exprime pas autre chose que l'homogénéité d'intérêts composant l'intérêt de la personne morale et dont l'*affectio societatis* est la meilleure consécration en droit des sociétés⁶⁰⁵. D'ailleurs, on a observé que cette particularité se retrouve dans ces autres groupements que sont l'association et le GIE, et que le contrat de société est la forme la plus achevée des contrats d'intérêt commun⁶⁰⁶ ou de collaboration⁶⁰⁷. Selon Y. GUYON, la société demeurerait un contrat qui aurait seulement la particularité d'être un contrat d'organisation en ce sens qu'à la différence des contrats d'échange – comme la vente – les intérêts des parties sont communs et non pas opposés. Tous les associés gagnent ou perdent ensemble et non les uns contre les autres⁶⁰⁸.

En second lieu, l'explication institutionnelle de la société ne peut être considérée que comme complémentaire, car elle ne peut pas nier le caractère

⁶⁰³ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 35.

⁶⁰⁴ On peut citer aussi la jurisprudence qui, dans le silence du législateur, a admis la nomination d'un administrateur provisoire pour résoudre une crise sociale compromettant l'intérêt ou l'avenir de l'institution (J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 36 et spécialement n° 770 et s. – Actuellement, cette jurisprudence est codifiée sous l'article L. 811-1 du Code de commerce) ou celle qui, dans ce même silence de la loi, se reconnaît le droit d'annuler les délibérations sociales prises contrairement à l'intérêt général de la société, et dans l'unique dessein de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires (Cass. com., 30 mai 1980 : Rev. sociétés, 1980, p. 311, note D. SCHMIDT). Il est ainsi de même les décisions validant les conventions de vote s'autorisant de l'intérêt social (T. com., Paris, 1^{er} août 1974 : Rev. sociétés, 1974, p. 685, note B. OPPETIT. – Trib. com., Paris, 4 mars 1981 : RJ com., 1982, p. 7, note P. DE FONTBRESSIN).

⁶⁰⁵ *Infra* n° 241 et s, spécialement, n° 243.

⁶⁰⁶ C. CORNU, RTD civ., 1973, p. 147.

⁶⁰⁷ M. CABRILLAC, « *Remarques sur la théorie général du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale* », In Mélanges G. MARTY, n° 17, p. 246.

⁶⁰⁸ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, n° 96, p. 95. – Sur ce débat V. notamment : P. DIDIER, « *Le consentement sans l'échange, contrat de société* », In l'échange des consentements : RJ com., n° spécial novembre 1995, p. 74 ; « *Brèves notes sur le contrat organisation*, in Mélanges TERRÉ, 1999, p. 635. – V. également : R. LIBCHABER, « *La société contrat spécial* », in Mélanges JEANTIN, 1999, p. 281. – Cl. CHAMPAUD, « *Le contrat de société existe-t-il encore ?* », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 135.

contractuel de la société⁶⁰⁹. En effet, on admet généralement que la thèse contractuelle, étroitement civiliste, demeure encore valable pour les sociétés des personnes dans lesquelles *l'intuitus personae* joue un très grand rôle et où, par voie de conséquence, la distinction entre la société et les associés s'avère délicate. Mais, dans les sociétés de capitaux où la considération de la personne joue un rôle beaucoup moindre ou nul, la thèse contractuelle est difficilement admise.

En elle-même, la notion d'institution ne peut pas être la base d'une théorie unitaire des sociétés pluripersonnelles, mais il convient aussi d'étudier l'incidence de sa transposition à la société unipersonnelle. Il s'agit, à la fois, de déterminer son rôle dans la qualification et d'en tirer les conséquences quant à la société unipersonnelle.

B. L'incidence de la transposition de la notion d'institution sur la qualification sociale de la société unipersonnelle

170. On a vu que certains auteurs ont insisté sur la nouvelle rédaction de l'article 1832 du Code civil, selon lequel « la société est instituée... ». Selon J. PAILLUSSEAU, les travaux préparatoires montrent que le législateur a voulu souligner fortement le caractère institutionnel de la société⁶¹⁰. Ainsi, selon F. ZENATI, bien au-delà de la transformation réalisée par la loi du 4 janvier 1978, la loi du 11 juillet 1985 n'est pas seulement un texte instituant une nouvelle forme de société commerciale et une nouvelle forme de société civile, mais aussi une loi qui remet en question la définition même de société⁶¹¹. La volonté du législateur est de

⁶⁰⁹ J. ARTHUIS, *Rapport au nom de la commission des lois du Sénat*, J.O. Doc. Sénat, 1985, n° 287 et J.O. déb. Sénat 23 mai 1985, p. 663.

⁶¹⁰ J. PAILLUSSEAU, « *L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP G 1986, I, doctr., n° 3242. – Sur les travaux préparatoires, V. GOUZÈS, *Rapport à l'Ass. Nat.*, n° 2598, p. 15 et 17. – J.O., Déb., Ass. Nat., 19 juin 1985, p. 1726 et s., et spéc. p. 1735. – J. ARTHUIS, *Rapport au Sénat*, n° 398, p. 8.

⁶¹¹ F. ZENATI, « *La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : RTD civ., 1985, p. 778 : le nouvel article 1832 du Code civil condamne l'analyse de la société comme un contrat, technique ravalée au rang de simple mode contingent de création de personne morale. La création de la société est définie par le texte dans des termes inhabituels. Alors que la loi parle habituellement de constituer une société, il est désormais question d'instituer. Cette formule est loin d'être le fruit d'un hasard. En réalité, le texte du projet de loi, pour tenir compte de l'innovation de la société unipersonnelle, c'est à un amendement de l'Assemblée nationale (J.O. déb., Ass. Nat., 12 avril 1985, p. 159-160) explicitement adopté pour consacrer la conception institutionnelle que la formule est due. Des tentatives de restaurer la notion de constitution de société se sont heurtées à cette volonté résolue de changement théorique. Il faudrait rajouter aussi qu'un amendement tendant à faire de cette nouvelle société une technique d'exception a été rejeté. Selon M. ZENATI, cette nouvelle terminologie n'est pas simplement due une inclination linguistique. Elle est le prolongement inévitable de l'admission de la société unipersonnelle comme une catégorie de droit commun...il faut se rendre à l'évidence, le législateur, événement rare (*omnis definitio periculosa...*), a voulu réaliser un bouleversement notionnel en s'appuyant sur des contradictions traversant le droit des sociétés. – G. FLORES et J. MESTRE, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : Rev. sociétés, 1986, p. 15 : pour qui la nouvelle rédaction de la loi nouvelle renforce terminologiquement la conception institutionnelle de la société. – J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés*

mettre les deux modes de création sur un pied d'égalité. La qualification institutionnelle de la société constitue donc la base d'une théorie unitaire de la société.

Pourtant, l'absence de contrat de société entraîne l'absence de tout élément de qualification sociale et affaiblit même l'organisation institutionnelle. En même temps, la qualification sociale devient inutile. De sorte que la transposition de la notion d'institution à la société unipersonnelle est non seulement inadéquate (1°), mais encore inopérante (2°).

1° Une transposition inadéquate : l'affaiblissement de l'organisation institutionnelle

171. Alors que la doctrine explique l'avènement de la société unipersonnelle par le regain de la théorie institutionnelle, la société unipersonnelle apparaît en réalité comme un exemple de déréglementation⁶¹². C'est également cette réalité qui montre que la transposition de la notion d'institution est inadéquate. Ainsi, dans le dessein d'inciter à la création des entreprises, différentes lois ont singulièrement réduit les exigences relatives au capital social ou au régime juridique des apports. De même, plusieurs interventions législatives ont assoupli le régime des incapacités ou interdictions et c'est ainsi, notamment, que le mineur émancipé peut aujourd'hui devenir commerçant et dispose de la possibilité de créer et gérer une société unipersonnelle. De même encore, poursuivant son objectif de faciliter la création des entreprises, le législateur a introduit différentes mesures simplifiant la procédure de constitution pour l'associé unique, personne physique qui assume personnellement la gérance dans les EURL ou la présidence dans les SASU⁶¹³, spécialement en allégeant les formalités de publicité. La société unipersonnelle *ab initio* dépasse ainsi la vision institutionnelle puisque la phase préalable du contrat qui mène à l'institution ne se conçoit pas dans ce cas. La notion d'institution se confond alors, au-delà de son adhésion à un statut légal, avec la volonté de l'associé unique⁶¹⁴.

172. Il est, de plus, permis de mettre en doute l'opinion selon laquelle la notion d'institution est liée au principe majoritaire. Si la règle de majorité est

commerciales », 2010, n° 33 : la nouvelle rédaction de l'article 1832 renforce le caractère institutionnel de la société.

⁶¹² J.-J. DAIGRE, « Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : JCP G 1986, I, 3225. – notamment, *Supra* 7 et s.

⁶¹³ V. pour la SARL l'article L. 223-1, al 3, issu de l'article 56-II, 1° de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 « la société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance est soumis à des formalités de publicité allégées déterminées par décret en Conseil d'État. Ce décret prévoit les conditions de dispense d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ». – V. Pour la SASU, l'article L. 227-1, al. 5 du Code de commerce issu de la loi du 4 août 2008.

⁶¹⁴ V. F. ZENATI, « La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : RTD civ., 1985, p. 778.

analysée comme manifestation de la théorie institutionnelle, la règle de l'unanimité peut, elle aussi, être analysée comme manifestation de l'organisation institutionnelle de la société. La règle de l'unanimité tend alors dans certaines situations à rendre plus difficile la prise de certaines décisions pour favoriser la sécurité juridique. Il suffit de songer à l'évaluation des apports en nature, pour laquelle le législateur instaure un système institutionnel fondé sur l'unanimité des associés⁶¹⁵. Or, dans la société unipersonnelle, la règle de l'unanimité, comme celle de majorité d'ailleurs, est remplacée par la décision de l'associé unique, ce qui constitue dans les deux cas, sans nul doute, une transposition inadéquate de la notion d'institution. La surévaluation des apports expose alors l'associé unique aux sanctions civiles⁶¹⁶ ou même aux lourdes sanctions pénales⁶¹⁷.

173. La transposition inadéquate de la théorie institutionnelle apparaît clairement dans le mode du fonctionnement de la société. En effet, les dispositions particulières relatives au fonctionnement de la société sont parmi les plus importantes pour conférer une nature institutionnelle à celle-ci. Cependant, ces dispositions impératives sont vidées de leur contenu, sinon dépourvues de tout intérêt, lorsqu'elles sont appliquées en matière de société unipersonnelle. Ainsi selon les continuateurs de G. RIPERT et R. ROBLOT, « *il est de fait que la théorie contractuelle est inadaptée au concept de société unipersonnelle. Mais la théorie de l'institution a été élaborée principalement, face à la conception contractuelle, pour rendre compte des rapports des associés entre eux et avec les dirigeants. Or ce type de relation est étranger à la société unipersonnelle. Dans son application à la société unipersonnelle, l'institution devient une*

⁶¹⁵ Article L. 223-9 « Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des futurs associés ou à défaut par une décision de justice à la demande du futur associé le plus diligent.

Toutefois, les futurs associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire, lorsque la valeur d'aucun apport n'excède 7500 € et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumises à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.

Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois, le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'alinéa précédent sont réunies ».

⁶¹⁶ Selon l'alinéa 4 de l'article Article L. 223-9 du Code de commerce « *lorsqu'il n'a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société* ». En pratique, l'action sera le plus souvent exercée dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et le demandeur devra prouver quelque plusieurs années après, la réalité de la surévaluation au moment même de la constitution, puisque la garantie ne recouvre pas le risque de dépréciation d'apport. V. Com. 27 novembre 1972 : Rev. sociétés 1974, 86, note A. HONORAT.

⁶¹⁷ Article L. 241-3, 1° du Code de commerce : prison jusqu'à cinq ans et (ou) amende jusqu'à 375 000 €.

simple structure légale, vidée d'une partie de son contenu »⁶¹⁸. Il en résulte que la gestion de la société unipersonnelle est assez flexible, conférant en général le pouvoir absolu de la société entre les mains de l'associé unique en l'absence de contrôle financier rigoureux⁶¹⁹.

De même, pour P. SERLTOOEN, « *il faut bien voir que la SARL traditionnelle, composée d'au moins deux associés, n'a rien à voir avec une société composée d'un associé unique. Il suffit de penser aux règles relatives au gérant, à l'assemblée générale notamment, pour s'apercevoir que la nouvelle institution n'aura rien de commun avec l'actuelle SARL...même collée dans la technique sociale, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée est une institution totalement nouvelle, si ce n'est révolutionnaire* »⁶²⁰. Conclure, en conséquence, que l'EURL sert à organiser l'entreprise individuelle puisque, en tant que société, elle est une technique d'organisation de l'entreprise et que, composée d'un associé unique, elle est destinée à une exploitation individuelle est, dans ces conditions, quelque peu excessif⁶²¹.

174. La théorie de l'institution apparaît encore foncièrement inadéquate à expliquer la société unipersonnelle lorsque l'on envisage la SAS unipersonnelle. La SASU emprunte en effet le régime juridique de la SAS, laquelle est conçue essentiellement comme un contrat. Cela conduit donc, contrairement à une conception institutionnelle de la société, à conférer à l'associé unique, « *la liberté de donner unilatéralement à son entreprise l'organisation juridique de son choix* »⁶²². Mais, dans la SASU comme dans l'EURL, c'est le droit commun de la société pluripersonnelle (SARL ou SAS) qui serait applicable à chaque type de société

⁶¹⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-19, p. 13.

⁶¹⁹ N. EZRAN-CHARRIERE, « *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'union européenne* », thèse, Paris II, préface de J. FOYER, LGDJ., 2002, p. 326.

⁶²⁰ P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* », D. 1985, chron, p. 187.

⁶²¹ J. BARTHÉLÉMY, Rapport au Conseil économique et social, préc., M. BARTHÉLÉMY remarquait aussi que le monde économique ne s'y pas trompé puisque l'EURL n'a pas eu grand succès. Au total, 30 000 EURL seulement ont été créées. Un certain nombre d'entre elles ont été conçues en tant que « *holding* », dans le cadre de grands groupes, notamment étrangers. Cette utilisation inattendue tend à démontrer que c'est dans les grandes entreprises que la technique sociétaire joue pleinement son rôle d'instrument d'organisation de l'entreprise. – Voir également A. SAYAG, « *De nouvelles structures pour l'entreprise La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : JCPG. 1985, I, doctrine, n 3217 : « *des dizaines de milliers d'entrepreneurs recourent donc à la constitution d'une société de façade, et pratiquement une fraude à la loi généralisée. Le fonctionnement de ces sociétés ressemble à un théâtre d'ombre : sociétés sans associés, associés sans apport, administrateurs de paille, assemblées et conseils sur le papier, sièges sociaux de la taille d'une boîte aux lettres, tout cela régi par des règles de plus en plus tatillonnes, d'autant qu'elles ne sont pas appliquées* ».

⁶²² B. PETIT, « *Droit des sociétés* », Litec, 2010, n° 382, p. 209 : dans la SASU, « *l'unicité d'associé interdit de parler de liberté contractuelle. Cette liberté, du reste a ici un moindre domaine puisque les clauses d'inaliénabilité, d'agrément et d'exclusion sont très logiquement écartées dans ce type de société. Mais dans la mesure où il existe, il s'agit de la liberté pour l'entrepreneur de donner unilatéralement à son entreprise l'organisation juridique de son choix* ».

unipersonnelle. Néanmoins, l'adaptation de la SAS à l'unipersonnalité n'engendre pas des organisations institutionnelles moins contraignantes que dans l'EURL⁶²³.

175. Enfin, J. BARTHELEMY, relatant la conception qui voit dans la société une technique juridique d'organisation de l'entreprise, a montré que l'organisation institutionnelle de la société, qui vaut pour les grandes entreprises et spécialement pour les sociétés anonymes, est en revanche est dépourvue de son intérêt une fois transposée à la société unipersonnelle⁶²⁴. Certes, le législateur, tirant toutes les leçons de la doctrine qui voit dans la société une technique d'organisation de l'entreprise au-delà du contrat entre associés, en est venu à donner naissance à la société unipersonnelle⁶²⁵. Et, certes, le droit des sociétés permet d'organiser l'entreprise conçue comme un être distinct de celui, au singulier ici, qui la gère⁶²⁶.

Cependant, cette société unipersonnelle, ne s'apparente pas à une société anonyme⁶²⁷. Par exemple, les dispositions concernant les organes de direction ne permettent pas, comme c'est le cas dans les sociétés anonymes, une prise en compte aussi nette des intérêts des tiers. Ce n'est, par exemple, que dans les sociétés anonymes que sont présents, au conseil d'administration ou au directoire, des

⁶²³ Le droit européen, qui autorise cependant la constitution d'une SARL avec un seul associé (12^e directive n° 89/667, du 21 décembre 1989), adopte une conception contractuelle de la société : CJCE, 10 mars 1992 : JCP E 1994, I, 369, obs. Y. REINHARD ; Bull. july 1992, p. 767, obs. J.-B. BLAISE.

⁶²⁴ En ce sens : G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1346, p. 248 : « *l'application à un associé unique des règles faites pour un groupement de deux ou plusieurs personnes impose d'importantes déformations du droit des sociétés et du droit fiscal* ».

⁶²⁵ J. BARTHELEMY, « *L'entreprise individuelle* », Rapport au Conseil économique et social, JO, séance des 27 et 28 avril 1993.

⁶²⁶ J. BARTHÉLÉMY, Rapport au Conseil économique et social, préc.

⁶²⁷ J. PAILLUSSEAU, « *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise* », Paris, éd., Sirey, 1967, Préface M.-Y. LOUSSOUARN ; du même auteur V. également, « *Le droit aussi est une science d'organisation* » : RTD com., 1989, p. 1 ; « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP E 1986, n° 14684 ; « *Le droit moderne de la personnalité morale* » : RTD civ., 1993, p. 705 ; « *La nouvelle société par actions simplifiée. Le big bang du droit des sociétés !* » : D. Affaires 1999, n° 175, p. 1354 et n° 176, p. 1385. – V. également le propos de M. CRESPEAU, Ministre de commerce de l'artisanat et du tourisme, devant l'assemblée nationale, en première lecture, le 11 avril 1985, qui prenait l'exemple du Club Méditerranée « *Quant on achète une action, on devient actionnaire, et partant, membre d'une société. Supposez que j'achète une action du Club Méditerranée, par exemple... l'acheteur a l'impression d'abord, de faire un bon placement... ensuite d'adhérer à une institution, en l'occurrence à une société anonyme régie par une loi sur les sociétés anonymes – c'est le statut global valable pour toutes les sociétés anonymes – et par des statuts particuliers l'adoptant à l'objet propre de son activité* ». – V. cependant les critiques de M. J. PRÉA, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'exploitation agricole à responsabilité limitée* » : JCP N 1985, I, p. 309 : « *M. CRESPEAU avait certainement raison dans son propos, mais de quoi s'agit-il ? De sociétés anonymes cotées en Bourse. On était bien loin de la simple entreprise individuelle, pour laquelle toute assimilation était déplacée. N'y a-t-il pas de danger à fondre dans un même moule, dans une même institution, la société au sens vrai du terme avec une pluralité d'associés, mise en commun des biens et activités et affectio societatis, avec la société à main unique qui par définition ne répond plus à ces critères, et n'a pas la même envergure économique... ne risque-t-on pas dans l'avenir, des effets pervers non encore décelés ? La création d'une société à main unique ne vient-elle pas perturber l'équilibre si longue à trouver des rapports entre les associés et les tiers ? N'allons-nous pas à une dégradation de l'institution elle-même ?* ».

représentants du personnel désignés par le comité d'entreprise⁶²⁸. Plus généralement si la loi du 28 octobre 1982, relatives aux institutions représentatives du personnel, ou, surtout, celles de 1er mars 1984, relatives à la prévention et à l'alerte des difficultés des entreprises et du 25 janvier 1985, qui concerne le traitement de ces mêmes difficultés, ont contribué à une certaine uniformité de l'organisation de l'entreprise, peu important sa forme juridique, la SARL conserve comme objectif essentiel les relations entre les associés⁶²⁹.

La société anonyme a, bien sûr, été conçue comme instrument de règlement des relations entre actionnaires. Mais, si le poids de l'un de ceux-ci est réel dans une petite société, y compris anonyme, l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires devient une abstraction dans les groupes plus importants. Cela conduit la société, personne morale autonome, à avoir une vie propre plus affirmée, distincte des intérêts de ses actionnaires, quelquefois même opposée à ceux-ci. Les règles légales et statutaires deviennent alors, tout naturellement, entre les mains des dirigeants dont la société s'est dotée, des moyens d'organiser l'entreprise, dont ils sont des acteurs opérationnels⁶³⁰.

Ce schéma, pour J. BARTHELEMY, ne peut concerner une petite entreprise composée, malgré l'apparence, d'un seul propriétaire⁶³¹. Selon cet auteur, « *cette tendance à ne pas prendre en compte l'organisation de l'entreprise au travers des règles statutaires est même renforcée dans l'EURL dès lors que les actes retraçant le constat du passé ou matérialisant les décisions de gestion pour le futur ne sont plus négociés, discutés, mais ne sont, par la force des choses, qu'une simple décision unilatérale d'un gérant qui n'est de fait qu'un exploitant individuel* »⁶³². Dans ces conditions, la limitation des pouvoirs née de l'organisation collective des décisions dans la société, justifiée par la limitation de la responsabilité du gérant au regard de celle de l'exploitant individuel, est purement fictive. Elle ne peut pas servir, en tant qu'instrument pédagogique, à une rationalisation de la gestion de l'entreprise⁶³³.

En fin de compte, la société est basée sur l'idée d'association entre une pluralité de personnes et l'organisation institutionnelle de la société a pour objet d'organiser les termes de cette relation. L'organisation légale règle aussi la relation entre les dirigeants et les associés, tout en tenant compte de la protection de l'intérêt de la personne morale et des droits individuels des associés. Le but ou la finalité de l'organisation institutionnelle est d'établir un équilibre entre les intérêts de toutes les

⁶²⁸ J. BARTHÉLÉMY, Rapport au Conseil économique et social, préc.

⁶²⁹ J. BARTHÉLÉMY, Rapport au Conseil économique et social, préc.

⁶³⁰ J. BARTHÉLÉMY, Rapport au Conseil économique et social, préc.

⁶³¹ J. BARTHÉLÉMY, Rapport au Conseil économique et social, préc.

⁶³² J. BARTHÉLÉMY, Rapport au Conseil économique et social, préc.

⁶³³ J. BARTHÉLÉMY, Rapport au Conseil économique et social, préc.

personnes intéressées à la vie et au fonctionnement de la société. Ce schéma est totalement déplacé dans l'organisation de la société unipersonnelle⁶³⁴.

176. Cependant, dire que la société unipersonnelle n'a rien d'une institution paraît excessif. L'opinion a sans doute sa part de vérité, puisque l'associé unique adhère à un statut légal. Selon N. EZRAN-CHARRIÈRE, la qualification d'acte juridique unilatéral de volonté est insuffisante, l'acte créateur de la société unipersonnelle est un acte d'adhésion à un statut légal⁶³⁵. Il reste que le législateur ne peut pas laisser l'organisation de la société unipersonnelle à l'associé unique. Même si cette organisation ne va pas - et ne peut pas aller- jusqu'à une organisation complète de la société en tant que personne morale, il est indispensable que les tiers, les créanciers et les contractants soient protégés, et cette protection ne peut être conçue et réalisée que par le législateur⁶³⁶. L'organisation institutionnelle destinée à garantir l'effectivité d'une séparation des patrimoines est, en réalité, la contrepartie de la limitation de la responsabilité. Il est alors normal que cette organisation garde toute sa valeur et soit, au surplus, renforcée au sein de la société unipersonnelle.

Le plus souvent, l'associé unique se désigne lui-même comme gérant, pour cumuler les pouvoirs sociaux entre ses mains de façon absolue. Dans ce cas, l'absence de tout « contre-pouvoir » constitue sans nul doute l'une des caractéristiques de la société unipersonnelle⁶³⁷. Cependant, l'associé unique gérant devra veiller à respecter scrupuleusement l'ensemble des règles de fonctionnement des SARL, de façon à éviter toute extension de la procédure collective en cas de difficultés financières de l'EURL⁶³⁸.

Lorsque les fonctions de gérant sont confiées à un tiers, le schéma classique paraît transposable à l'EURL. Le gérant d'une SARL unipersonnelle dispose

⁶³⁴ A. VIANDIER, « La notion d'associé », op. cit., n° 6, p. 16 : « les éléments du critère de la notion de société supposent la réunion de plusieurs volontés : « non est societas sine communione ». Qui plus est, cette conclusion conserve toute sa valeur, même si l'on discute la nature contractuelle de la société. En effet, des théories aussi différentes que celles qui voient dans la société une union, un acte complexe ou, encore une institution, postulent toutes une pluralité d'associés ». – V. aussi J. BARTHELEMY, « L'entreprise individuelle », Rapport au Conseil économique et social, JO, séance des 27 et 28 avril 1993 : selon M. BARTHELEMY « La société est un contrat passé entre associés qui définit leurs droits et obligations réciproques pour la mise en œuvre de l'objet social dont ils ont doté leur commune entreprise. Cette réalité fondamentale ne doit pas être oubliée. Mais la société devient, sitôt créée, une institution, ce qui explique que sa naissance soit différée jusqu'à une décision des pouvoirs publics matérialisée par l'enregistrement au registre du commerce et des métiers ».

⁶³⁵ N. EZRAN-CHARRIÈRE « L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'union européenne », thèse, Paris 1, préface de J. FOYER, 2002, n° 143, p. 122.

⁶³⁶ J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par action simplifiée. Le big bang du droit des sociétés ! » : D. Affaires 1999, n° 176. p. 1385.

⁶³⁷ L'absence d'une procédure d'approbation des comptes.

⁶³⁸ P. SERLOOTEN, « EURL l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », éd. Joly, 1994. p. 36.

exactement des mêmes pouvoirs que le gérant d'une SARL pluripersonnelle⁶³⁹. Lorsqu'un commerçant confie à un tiers la gestion de l'entreprise exploitée en EURL, il obtient un résultat comparable à celui que lui procurerait la location-gérance de son fonds de commerce⁶⁴⁰.

Lorsque la société est unipersonnelle, la finalité des règles d'ordre public s'évanouit pour ne laisser sur la scène juridique qu'une seule finalité relative aux obligations de l'associé qui tendent à faire respecter la séparation des patrimoines. L'EURL se trouve ainsi réduite à une organisation patrimoniale de l'entreprise individuelle dont le formalisme apparaît dans la constitution et dans le fonctionnement de la société. En présence d'une seule personne, il est naturel que le législateur intervienne par des normes impératives pour compenser la solitude de l'associé unique et son pouvoir étendu sur l'entreprise.

En tout état de cause, il convient d'admettre que la qualification de la société unipersonnelle comme institution n'emporte pas une qualification sociale.

2° Une transposition inopérante : l'absence de valeur qualificative de la théorie de l'institution

177. Malgré l'opinion répandue selon laquelle la société unipersonnelle favorise la conception institutionnelle, cette dernière ne peut, cependant, fournir aucun secours pour résoudre la question de qualification. La critique la plus déterminante, outre le caractère flou et fuyant de la notion, est qu'elle n'a jamais déterminé l'application d'un régime juridique précis. La qualification institutionnelle est en effet soutenue en matière de société comme en matière d'association, elle est parfois liée à la notion de société et parfois à celle d'entreprise, elle caractérise la personnalité morale comme la notion de patrimoine d'affectation. Autrement dit, la qualification institutionnelle entraîne la confusion entre toutes ces notions. Or la controverse doctrinale a pour objet de déterminer laquelle de ces qualifications doit s'appliquer à la société unipersonnelle.

Lorsqu'il s'agit de qualifier la société unipersonnelle, toutes les opinions sont permises. Pour certains, la société unipersonnelle constitue, dans la réalité des choses, une exception au principe de l'unicité du patrimoine, mais d'un point de vue théorique, il s'agit d'une confirmation du principe. En outre, certains auteurs ont nié la qualification sociale de la société unipersonnelle en considérant qu'il s'agit simplement d'attribuer la personnalité morale à l'entreprise, alors que d'autres démentent la qualification de personne morale réelle en estimant qu'il s'agit d'un

⁶³⁹ Sur l'étendue des pouvoirs du gérant, V. C. com., art. L. 223-18. – Sur cette question : *Infra* n° 346.

⁶⁴⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd. 2010, n° 1112, p. 557.

patrimoine d'affectation personnifié. La société unipersonnelle entraîne la confusion entre toutes ces notions et paraît être irréductible à une quelconque théorie.

De même, ceux qui considèrent la société comme une technique d'organisation de l'entreprise ne voient pas d'obstacle à la notion de société unipersonnelle⁶⁴¹. Celle-ci constitue, il est vrai, un prolongement de la théorie institutionnelle de la société. Cependant, la société n'est pas toujours une technique d'organisation de l'entreprise : d'une part, la société est l'une des techniques d'organisation de l'entreprise, elle n'est pas la seule et de nombreuses entreprises ne sont pas organisées par la société. D'autre part, la société peut n'organiser aucune entreprise⁶⁴². Dans ce sens, cette qualification ne peut conseiller une théorie unitaire de la société.

Plus clairement, que l'on considère la société pluripersonnelle comme une technique d'organisation de l'entreprise, comme une technique d'organisation de partenariat ou comme une technique de séparation des patrimoines, il y aura toujours une société tant qu'il existera au moins deux associés qui fournissent des apports et ont l'intention de s'associer pour partager le bénéfice ou profiter de l'économie.

Plus clairement encore, si la société est une technique d'organisation de l'entreprise, elle l'est avec cette précision qu'elle est une technique d'organisation de l'entreprise exploitée par deux ou plusieurs personnes. Lorsqu'il n'y a pas une pluralité de personnes, il existe sans doute une organisation juridique, mais il n'existe pas de société. De même, si la société peut être utilisée comme une technique de séparation des patrimoines, elle l'est aussi avec cette précision qu'elle organise un patrimoine collectif. Lorsqu'il n'y a pas une pluralité de personnes, il peut exister une technique d'organisation de séparation du patrimoine d'une personne, mais il n'y a plus de société.

La notion de société est toujours fondée au premier chef sur l'association entre deux ou plusieurs personnes : « *Constituer une société, c'est conclure un contrat, ce qui suppose la présence minimum d'au moins deux associés* »⁶⁴³. S'il n'est pas totalement

⁶⁴¹ Selon G. LAGARDE, si la société anonyme, instrument du capitalisme, sert de cible aux ennemis des féodalités financières, elle ne représente pas moins « *la transposition juridique la mieux adaptée de la notion d'entreprise* » : A. LAGARDE, « *De la société anonyme à l'entreprise publique* », In *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Etudes offertes à G. Ripert, T.II, LGDJ., 1950, p. 296.

⁶⁴² C'est le cas, par exemple, de la société en participation.

⁶⁴³ P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* », D. 1985. chron, p. 187. – Sur la conception contractuelle de la société : D. SCHMIDT, « *Le conflit d'intérêts dans la société anonyme* », Paris, éd., Joly, 1999, p. 8. – J.-P. BERTREL, « *Liberté contractuelle et sociétés* » : RTD com., 1996, p. 595. – J.-J. DAIGRE, « *Le gouvernement de l'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?* » : Dr. et patrimoine, juillet-août 1996, p. 23. – J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, « *Traité de droit commercial* », t. 1, vol. 2, 2^e éd., 1980, par LAGARDE, n° 384.

inexact de relever le caractère institutionnel de la société unipersonnelle, il reste que ce caractère ne constitue pas un élément de qualification⁶⁴⁴.

178. La doctrine, embarrassée devant ce constat, n'a pas omis de souligner que la société unipersonnelle est contraire à la notion même de société, que celle-ci soit un contrat ou une institution. Ainsi la société devenue institution est rapprochée du mariage⁶⁴⁵. Mais pour qu'il y ait une société, il faut que celle-ci réunisse les éléments nécessaires à sa qualification. Plus précisément, lorsque la société est unipersonnelle, il faudrait déterminer le contenu de l'organisation pour lui attribuer sa vraie qualification. Selon les continuateurs de G. RIPERT et R. ROBLOT, « *le contenu de l'acte juridique qui déclenche la procédure de constitution est alors dénaturé par rapport au droit commun. Dans la société pluripersonnelle, la volonté des associés de participer à l'œuvre commune par leurs apports implique un certain équilibre dans les droits et obligations des associés, les uns vis-à-vis des autres et envers les dirigeants. Dans la société unipersonnelle, l'acte juridique créateur se ramène à la volonté du constituant d'affecter certains biens à une certaine activité, la gestion d'une entreprise commerciale ou agricole, en détachant ces biens du reste de son patrimoine en les apportant à une nouvelle personne juridique, créée à cet effet. L'application du droit des sociétés à une telle situation est inévitablement déformée* »⁶⁴⁶.

Au vrai, la notion d'institution est liée à l'existence de règles impératives ou à l'organisation légale de la société. Mais c'est en cela que la notion est essentiellement fuyante et inopérante. En effet, c'est la finalité de la règle impérative qui peut avoir une signification ou une valeur de qualification et non son existence même⁶⁴⁷. On

⁶⁴⁴ P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* », D. 1985, chron, p. 187 : Dans les deux cas, le consentement individuel se trouve nécessairement à l'origine de l'institution ; mais ensuite, les membres de l'institution sont tenus de plein droit de certaines obligations qui leur impose un statut. « *Du fait que l'on y voit plus dans le mariage un contrat mais une institution, peut-on raisonnablement soutenir que le mariage d'une seule personne est possible ? Or il en est de même de la société. Qu'on y voit un contrat ou une institution, la société ne se conçoit que si elle comporte au moins deux associés. S'il n'y plus mise en commun, s'il n'y plus partage de bénéfice, peut-on parler de société ? S'il y a plus d'assemblée générale, s'il n'y pas de majorité, s'il n'y pas de dirigeant, etc., peut-on parler de société ? À l'évidence, la réponse est négative. Parler de société unipersonnelle est donc une absurdité* ». – A. SAYAG, « *De nouvelle structure pour l'entreprise* » : JCP G 1985, I, 3217 : le droit des sociétés est tout entier fondé sur la recherche d'un équilibre très délicat entre les intérêts des associés ou entre ceux des associés et des dirigeants. Tout cela tombe à faux s'il n'ya plus qu'un seul intéressé. – J. PRÉA, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'exploitation agricole à responsabilité limitée* » : JCP N 1985, I, p. 309. – V. cependant, J.-J. DAIGRE, « *Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : JCP G 1986, I, 3225 : pour qui le rapprochement avec le mariage est artificiel : « *bien que n'étant pas un pur contrat, le mariage n'en est pas moins un véritable échange de consentements. Et puis, on ne se marie pas encore comme on peut s'associer : à plus de deux...* »

⁶⁴⁵ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 96, p. 96.

⁶⁴⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1. Vol. 2. *Les sociétés commerciales*, LGDJ., 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1056-17, p. 12.

⁶⁴⁷ V. notamment, R. PERROT, « *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques* », Paris, éd. Sirey, 1947, p. 8 : « *Il ne faut pas conclure que l'institution se résout dans sa technique, car au sein de toute institution juridique se retrouvent deux éléments d'inégale importance : en tout premier lieu, le but poursuivi par la volonté, et ensuite – mais ensuite également – sa technique de mise en œuvre* ».

peut, sans doute, démontrer que les règles impératives sont instaurées par le système juridique comme une consécration des critères de qualification de l'acte de société. De la même manière qu'il existe des organisations légales ou impératives pour garantir l'existence d'une volonté libre et éclairée dans tous les contrats, il n'est pas inconcevable qu'il puisse exister des organisations impératives tendant à garantir l'existence ou le renforcement des éléments de qualification de certains contrats spéciaux. C'est le cas notamment, pour le contrat de société, de l'interdiction des clauses léonines mais également des organisations tendant à renforcer les droits des minoritaires dans la société, ce qui a permis de dégager la théorie de l'associé actif. On peut légitimement considérer que ces organisations légales constituent un renforcement de l'*affectio societatis* définie comme une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire.

En tout état de cause, l'organisation légale de la société ne doit pas être envisagée de manière abstraite puisque ce sont ses finalités qui emportent un effet de qualification. Ainsi, il convient de remarquer que ces organisations légales ont pour objet de renforcer l'existence d'une réalité collective dans les sociétés soumises au principe majoritaire. D'ailleurs, la théorie de l'institution dégagée par HAURIUO, qui traduit le passage d'une réalité objective au droit subjectif, suppose par essence l'existence d'une réalité collective. De même, la théorie de l'acte juridique collectif n'exprime pas autre chose que l'homogénéité d'intérêts composant l'intérêt de la personne morale et dont l'*affectio societatis* est la meilleure consécration en droit des sociétés.

De même encore, il est possible de soutenir que certaines règles impératives sont liées à la personnalité morale. Mais on peut considérer également que certains organisations légales sont liées à l'entreprise, exploitée par une ou par plusieurs personnes, sans que cette organisation détermine une qualification ou instaure une évolution vers la personnification.

D'autres organisations légales sont liées à la limitation de responsabilité, mais elles ne déterminent pas la qualification d'une société et n'imposent pas, comme conséquence logique, de retenir la qualité d'associé. Ces organisations légales sont justifiées par la nécessité de protéger le patrimoine social dans les sociétés qui offrent uniquement leur patrimoine comme garantie à leurs créanciers. Elles sont les conséquences du choix d'une forme sociale d'organisation et n'ont pas une valeur de qualification. Ainsi, l'existence d'une forme d'exploitation qui bénéficie de la personnalité morale, qui est limitative de la responsabilité de ses membres et offre ses titres au public justifie l'existence de toutes ces organisations impératives. L'absence d'offre au public à l'épargne ou l'absence de limitation de responsabilité justifie la disparition des organisations légales correspondantes.

Plus précisément, si les associés choisissent de n'affecter qu'une partie de leur patrimoine aux créanciers sociaux et de n'être responsables que dans la limite de

leurs apports, ils s'engagent aussi à affecter ces biens exclusivement aux créanciers sociaux. Il est donc évident que le législateur préfère régir de manière impérative cette forme d'organisation⁶⁴⁸.

179. En fin de compte, puisqu'elle est élaborée à partir d'un système contractuel et collectif, la théorie de l'institution ne peut pas être transposée à la société unipersonnelle sans souffrir certains aménagements ou certaines modifications. Il faut par suite s'entendre sur l'étendue de cette transposition et sur les transformations qui s'imposent en raison de l'unicité d'associé. En réalité, le droit des sociétés se trouve, en grande partie, inapplicable⁶⁴⁹. Du moins, lorsque le texte est applicable, il est vidé de son objectif ou de sa finalité. Plus clairement, la transposition de l'organisation institutionnelle à la société unipersonnelle ne s'insère qu'au prix de la déformation du concept de société. Cette déformation emporte, en conséquence, un effet de qualification puisque la notion de société est vidée de son contenu.

180. Il va sans dire que la technique sociétaire ne fait que prêter à l'entreprise individuelle certains mécanismes permettant de donner une structure juridique à l'entreprise. Ces mécanismes ne suffisent pas pour autant à qualifier l'institution comme société. L'intérêt de la technique sociétaire est d'offrir un cadre de séparation des patrimoines et de limitation de responsabilité à l'entrepreneur individuel et son intérêt théorique et pratique s'arrête là.

En conclusion, la notion d'institution n'est guère susceptible de rendre possible une qualification juridique. On a pu soutenir une conception institutionnelle de l'entreprise, de la société ou de la personne morale et, même pour le patrimoine d'affectation, cette conception n'est pas exclue. On soutient aussi une conception institutionnelle de l'association et cette conception est concevable pour tout groupement. Elle explique le mouvement de dirigisme contractuel mettant l'accent sur les règles impératives, issu, a-t-on soutenu, des métamorphoses économiques et sociales du droit civil, et justifié par des besoins tant de protection individuelle des contractants que de protection de l'intérêt général, social ou économique. La conception institutionnelle permet même la confusion de toutes ces notions mais, lorsqu'il s'agit de déterminer les éléments de qualification juridique d'une institution déterminée, la notion d'institution cesse d'être en elle-même opératoire. Dans ces conditions, il est inutile de se référer à la notion d'institution pour élaborer une

⁶⁴⁸ La notion de société ne dépend nullement pas de la limitation de responsabilité, puisqu'elle peut exister des sociétés non personnifiées, comme la société en participation et la société créée de fait, ou même personnifiées, comme la société en nom collectif et la société civile, dont la responsabilité des associés ne sont pas limitée à l' hauteur de leurs apports.

⁶⁴⁹ A. SAYAG, « *Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle ? Une remise en cause infructueuse* » : Cah. dr. entrp., 1990, n° 1, p. 22 : « le droit des sociétés, tout débat conceptuel mis à part, n'était pas opératoire en la matière...toute la mécanique, ô combien complexe, du droit des sociétés est condamnée à tourner à vide ».

théorie unitaire de la société englobant la société unipersonnelle. De même, il ne semble pas possible de dégager une théorie unitaire de la société fictive englobant la société unipersonnelle.

§2. L'absence de théorie unitaire de la société fictive englobant la société unipersonnelle : la qualification de la volonté interne

181. Il ne fait pas de doute que l'intégrité du consentement doit être préservée par l'ordre juridique quel que soit l'acte juridique considéré : unilatéral, collectif ou contractuel. L'acte unilatéral de société comme tout acte juridique doit émaner d'une volonté libre et éclairée.

Toutefois, ce n'est pas l'intégrité du consentement qui pose vraiment problème en matière d'acte unilatéral de société mais plutôt sa réalité. En effet, le régime des vices de consentement, qui se comprend aisément lorsque la société a une origine contractuelle, est difficilement envisageable en matière d'acte unilatéral de société. L'acte unilatéral tendant à être considéré comme un fait objectif, auquel les tiers font confiance, la volonté déclarée y joue un rôle prépondérant par rapport à la volonté psychologique. En conséquence, certaines causes de nullité, comme celles résultant des vices du consentement ou d'une cause illicite, perdent une grande partie de leur intérêt d'application⁶⁵⁰. De plus, ce qui est déterminant est que la transposition de la sanction de la nullité résultant d'un vice de consentement est inutile, dès lors que l'associé unique peut parfaitement, et sans engager aucune responsabilité, renoncer à son projet avant l'immatriculation⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ M.-J. CABBASSÈDES, « *La nature et le régime juridique de l'opération d'apport* », Rev. sociétés 1976, p. 431. – V. cependant, en sens contraire, M.-L. IZORCHE, « *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain* », thèse Aix-Marseille 1991, n° 481, p. 302 : pour M.-L. IZORCHE, le consentement de l'associé unique, en raison de son unilatéralité doit être d'une meilleure qualité. Pour cet auteur, « *Certes, les publicités, la rédaction des statuts visent à informer et donc à protéger les tiers, mais il est permis de penser ici qu'elles visent aussi à protéger l'associé unique : les termes « responsabilité limitée » ne doivent pas faire illusion, et l'associé ne devra pas oublier qu'en pratique, les statuts amènera ce dernier à prendre conscience des avantages et inconvénients que présente l'adoption de cette forme de société, surtout s'il est aidé dans cette tâche par un conseil avisé. De même, l'intervention obligatoire d'un notaire en cas d'apport d'immeuble, ou d'un droit au bail portant sur un immeuble et d'une durée supérieure à douze ans, pourra permettre d'attirer l'attention du fondateur sur la gravité de sa démarche* ». – Cependant, pour nous, il ne semble pas que ce soit la protection de l'associé unique qui domine l'appréciation du consentement de l'associé unique. Il est de même difficilement envisageable, par adaptation du droit commun, et en raison de la particularité de l'acte unilatéral de société, que les tiers agissent à la place de l'associé unique. Une certaine ambiguïté surgit, en effet, lorsqu'on se rend compte que la société unipersonnelle est conçue comme une faveur pour l'entrepreneur individuel tendant à limiter son obligation au passif. Cette structure juridique a été donc créée dans l'intérêt de l'associé unique et pour encourager la création des entreprises, ce qui s'oppose à une meilleure protection du consentement de l'auteur de l'acte.

⁶⁵¹ La situation n'est donc pas la même qu'en matière de contrat de société. Dans ce dernier cas, la sanction de nullité garde toute son utilité pour permettre à l'associé dont le consentement a été vicié de se dégager de son ou ses obligations souscrites en vertu de ce contrat. En revanche, l'associé unique disposant de la faculté de dissoudre unilatéralement la société, la transposition de la sanction de

Le juge doit donc procéder alors à une analyse de la volonté interne de l'associé unique pour décider de la sincérité et du sérieux de l'acte unilatéral. L'acte unilatéral risque d'être potestatif car révocable unilatéralement. Il peut cacher une fraude aux droits des tiers ou, selon une conception large de la simulation, être fictif.

A cet égard, il importe de rappeler que la société fictive se distingue de la société frauduleuse qui existe effectivement mais qui est nulle pour cause illicite ou frauduleuse⁶⁵². Il y a donc une frontière à ne pas franchir, celle de l'organisation volontaire de l'insolvabilité ou de la quasi-insolvabilité de l'exploitation économique⁶⁵³. Cependant, au-delà de la question de société frauduleuse, peut-on réellement appliquer la notion de simulation à la société unipersonnelle ?

Une réponse négative s'impose. Dès lors, en effet, que l'absence de réalité collective est une cause autonome de fictivité des sociétés nécessairement pluripersonnelles (A), la transposition de la notion de fictivité à la société unipersonnelle ne peut qu'être écartée (B).

A. L'absence de réalité collective, cause autonome de fictivité

182. La notion de fictivité est présentée généralement comme une application du mécanisme de la simulation⁶⁵⁴. Dans la conception traditionnelle de la société fictive, celle-ci est le produit non nécessairement d'une fraude mais en tous cas d'une simulation, c'est-à-dire de la création, à l'intention des tiers, d'une apparence non-

nullité perd toute son utilité puisque la dissolution aura les mêmes effets que la nullité. En outre, même si l'on plaide pour une meilleure protection du consentement de l'associé unique, on peut douter que la nullité soit une sanction adaptée. Une telle protection doit, en effet, conduire à appliquer la sanction de l'inexistence et non celle de la nullité. En conséquence, les biens apportés à la société unipersonnelle seront considérés comme n'ayant jamais quitté le patrimoine personnel du prétendu associé unique. Dans ce cas, la situation n'est plus vraiment identique à celle appliquée en matière de contrat de société. En tout état de cause, théoriquement parlant, la question reste ouverte à toutes les spéculations doctrinales en raison de l'absence d'un texte légal et d'une jurisprudence qui règle la question en la matière. Pratiquement parlant, on peut considérer que cette question n'a pas un grand intérêt et chaque cas d'espèce reste le vrai maître de la solution apportée.

⁶⁵² J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et A. FAUSSURIER, « *Lamy sociétés commerciales* », 2010, n° 472. P. ROUAST-BERTHIER, « *Société fictive et simulation* » : Rev. sociétés 1993, p. 725 : la simulation ne comportant pas en principe un but répréhensible.

⁶⁵³ J.-J. DAIGRE, « *Société fictive* », Rép. Société Dalloz, 1999, n° 18, p. 4.

⁶⁵⁴ En ce sens, N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, 2001, n° 1155 et s. – même auteur, note sous Cass. com. 9 juin 2009 : Rev. sociétés 2009, p. 781 : pour qui s'il est opportune, en cas de conflit entre les tiers, de s'en tenir à l'apparence afin d'assurer la sécurité juridique, le principe de l'option entre la réalité et l'apparence, caractéristique de la théorie de simulation, présente sa véritable utilité. Il serait dès lors préférable de se placer sur le terrain de la simulation et non plus de la nullité pour combattre la pratique des sociétés fictives. – Cependant, certains auteurs, tiennent compte d'une évolution se rattachant à la théorie de l'institution et mettant l'accent sur des critères fonctionnels et objectifs (notamment la confusion d'activités et de patrimoines), contestent que la notion de fictivité soit une application de la théorie de simulation : P. ROUAST-BERTHIER, « *Société fictive et simulation* » : Rev. sociétés 1993, p. 725. – P. PIC, « *De la simulation dans les actes de sociétés* » : D. P. 1935, chron., 33.

conforme à l'intention réelle des parties, auxquelles la volonté de se mettre en société, et plus précisément l'*affectio societatis*, font défaut⁶⁵⁵. Il existe ainsi deux formes de sociétés fictives. D'une part, une société fictive peut dissimuler un autre contrat ou un autre acte juridique, et la simulation porte alors sur la nature de l'acte liant les parties. Cette forme constitue une application classique du mécanisme de la simulation évoquée par l'article 1321 du Code civil. D'autre part, une société fictive, peut dissimuler l'activité d'une seule personne. La simulation porte alors non sur la nature du contrat mais sur l'existence même du contrat. Dans ce dernier cas, l'entrepreneur veut rester seul maître de la gestion et devenir le détenteur quasi unique du capital⁶⁵⁶. Il utilise alors la structure sociale comme un écran masquant l'exercice de ses activités personnelles.

Cependant, la fictivité résulte fréquemment de procédés plus insidieux. Le plus souvent, seul le soi-disant associé fournit les apports promis par les autres⁶⁵⁷. Mais, pour se prémunir contre l'éventuelle mauvaise foi de ses coassociés de complaisance ou de leurs ayants-cause qui, ultérieurement, pourraient revendiquer la qualité d'associé, le véritable maître de l'affaire fait généralement, signer par ses prête-noms une cession en blanc de leurs droits sociaux⁶⁵⁸. Par ce procédé, le maître absolu de l'affaire contrôle son ou ses coassociés tout en profitant des avantages qui lui offre la structure sociale. Une telle société est fictive faute de pluralité d'associés : d'une part, les décisions ne sont pas vraiment collectives mais, dans la réalité des choses, un seul des associés traite la société comme son entreprise personnelle⁶⁵⁹; d'autre part, cette société de façade démontre à l'évidence que les prête-noms n'étaient nullement habités par l'*affectio societatis*⁶⁶⁰.

En outre, cette situation n'est pas saine sur le terrain juridique puisque le problème de l'autonomie de l'entreprise reste entier⁶⁶¹. Si la société est fictive, elle devient en quelque sorte transparente et perd son autonomie patrimoniale, ce qui lui interdit, à elle comme à la personne complice de cette fictivité, d'invoquer cette

⁶⁵⁵ V. P. ROUAST-BERTHIER, « Société fictive et simulation » : Rev. sociétés 1993, p. 725.

⁶⁵⁶ J.-C. HALLOUIN, « La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : A.L.D. 1986, p. 73.

⁶⁵⁷ Aix-en-Provence, 7 avril 1970 : Rev. sociétés 1971, p. 576, note, D. SCHMIDT ; JCP G 1970, II, 16466.

⁶⁵⁸ V. P. LE CANNU, note sous Versailles, 26 février 1988 : Bull. joly 1988, p. 355, § 105 – A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », J.-Cl. Sociétés, 2004. Fasc. 7-40, n° 21, p. 6.

⁶⁵⁹ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 19, p. 5.

⁶⁶⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Litec, 23^e éd., 2010, n° 1081, p. 546. – V. également : Cass. com., 2 janvier 1967 : RTD com., 1967, p. 862, obs. R. HOUIN. – Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 2001 : JCP G 2002, 225, note A. VIANDIER.

⁶⁶¹ J.-C. HALLOUIN, « La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : A.L.D. 1986, p. 73.

autonomie face à l'action d'un créancier recherchant un débiteur réel et solvable⁶⁶². Ainsi, maintes fois les tribunaux ont été amenés à déclarer la fictivité d'une société ne comportant qu'un véritable associé et un ou plusieurs prête-noms⁶⁶³. La société est aussi considérée comme fictive lorsqu'elle est manipulée par un tiers non associé. Dans ce cas, une personne non associée, mais qui est en réalité le seul et véritable propriétaire du fonds de commerce, s'imisce dans la gestion d'une société et prend toutes les décisions dans son intérêt exclusif⁶⁶⁴.

183. Plusieurs indices permettent aux juges de déceler la fictivité. C'est notamment le cas lorsqu'il existe un lien familial ou un lien de parenté ou d'alliance entre l'associé principal et les autres porteurs de parts sociales⁶⁶⁵. Mais c'est essentiellement le caractère prépondérant et massivement majoritaire d'un associé, ajouté à d'autres éléments (défaut d'activité sociale ou de vie sociale⁶⁶⁶, défaut de respect des rites sociétaires, défaut d'autonomie patrimoniale de la société en raison de la confusion du patrimoine de la société avec celui du maître de l'affaire...), qui rend la société fictive⁶⁶⁷.

Les juges adoptent en la matière une attitude empirique plutôt qu'un critère précis auquel ils se tiendraient⁶⁶⁸. La déclaration de fictivité demeure exceptionnelle ; elle suppose la réunion d'un faisceau d'indices concordants. Ces indices ne constituent donc pas en eux-mêmes une cause de fictivité, mais de simples éléments de preuve permettant de caractériser l'absence d'une réalité collective ou une pluralité d'associés⁶⁶⁹. Au vrai, l'égalité entre associés n'est pas un principe absolu et un associé peut détenir la grande majorité des parts ou actions sans que la société soit fictive⁶⁷⁰. D'ailleurs, aucune règle en droit des sociétés ne fixe une quotité minimale

⁶⁶² F. AUBERT, « La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation », in Mélanges P. BÉZARD, Le juge et le droit de l'économie, Montchrestien, 2002, p. 287 - V. aussi, Mémento Francis LEFEBVRE, « Sociétés commerciales », 2001, n° 472.

⁶⁶³ Cass. com., 9 juin 2009 : Rev. sociétés 2009, p. 781, note N. MATHEY. - Cass. com., 8 février 1994 : Rev. sociétés, 1995, p. 100, note A. HONORAT et A. M. ROMANI. - Cass. com., 18 mars 1963 : Bull. civ. III, n° 159. - Cass. com., 19 avril 1961 : Bull. civ. III, n° 180. - Cass. com., 3 janvier 1961 : D. 1961, p. 292. - Cass. com., 15 mars 1955 : Bull. civ. III, n° 100. - Cass. com., 23 juin 1954 : RTD com., 1954, p. 874, obs. R. HOUIN. - Cass. civ., 1^{re}, 26 mai 1954 : JCP G 1954, II, 8377.

⁶⁶⁴ V. A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 19, p. 6.

⁶⁶⁵ Spécialement lorsqu'il s'agit de mineurs non émancipés.

⁶⁶⁶ Cass. com., 21 mai 1963 : RTD com. 1963, p. 891, obs. R. HOUIN. - Cass. com., 30 octobre 1967 : RTD com. 1968, p. 131, obs. R. HOUIN.

⁶⁶⁷ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 19, p. 6.

⁶⁶⁸ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 22, p. 6.

⁶⁶⁹ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 21, p. 6.

⁶⁷⁰ V. R. HOUIN, obs. sous Cass. 2^e civ., 10 décembre 1965 : RTD com., 1966, p. 614.

des droits sociaux devant appartenir à chaque associé ou un plafond pour la participation d'un associé⁶⁷¹. La jurisprudence admet qu'un associé soit prépondérant dès lors qu'il se borne à exercer les droits correspondant à sa participation dans le capital⁶⁷². De même, la seule existence de liens familiaux entre les associés d'une société n'est pas de nature à donner un caractère fictif à celle-ci⁶⁷³.

184. La jurisprudence a transposé les mêmes critères de fictivité lorsque le maître de l'affaire est une personne morale⁶⁷⁴. La situation est *a priori* comparable à celle où le maître de l'affaire est une personne physique. Elle présente cependant une originalité certaine du fait que des personnes morales sont en cause⁶⁷⁵. En réalité, lorsque des personnes morales figurent parmi les associés ou que tous sont des personnes morales (filiale commune ou société de sociétés) c'est la notion de groupe de sociétés qui s'applique⁶⁷⁶. Le groupe conjugue l'indépendance juridique⁶⁷⁷ avec la dépendance économique. Selon l'article L. 233-1 du Code de commerce, lorsqu'une société, société-mère, possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée comme la filiale de la première. Juridiquement indépendante, la filiale se trouve placée, à l'égard de la société mère, dans un état de dépendance économique plus ou moins étroit qui, outre la participation dans la capital, peut résulter de ce que la société mère est à l'origine de la constitution de sa filiale, de

⁶⁷¹ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 21, p. 6.

⁶⁷² A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 21, p. 6. – M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Litec, 23^e éd., 2010, n° 148, p. 83 : « Sauf volonté de fraude, doit être considérée comme valable la société dominée par une même personne dès lors que les coassociés ne sont pas de simple potiches (on n'est pas trop regardant sur l'*affectio societatis*) et que le rituel social est scrupuleusement respecté. La reconnaissance des sociétés unipersonnelles ne fait que renforcer la marginalité des sociétés fictives ».

⁶⁷³ Cass., com., 21 décembre 1882 : BRDA 1983/12, p. 21 ; RTD com., 1983, p. 476, obs. Ph. MERLE ; Bull. joly 1983, p. 194, § 84. – Cass. 1^{re} civ. 23 mai 1977 : D. 1978, p. 89, note M. JEANTIN : peu importe l'origine des apports.

⁶⁷⁴ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictive et frauduleuses », op. cit., n° 23 et s. : « La distinction entre la société fictive dont le maître de l'affaire est un individu et celle dont le maître de l'affaire est une autre personne morale est, il est vrai, davantage d'ordre économique que d'ordre juridique et les principes de droit applicables dans l'un et l'autre cas de figure sont identiques ».

⁶⁷⁵ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 25, p. 7 : Les tribunaux pour déterminer si une société dépendant d'une autre personne morale a juridiquement une réalité ne se placent plus sur le terrain des conditions de validité d'un contrat de société, mais plutôt sur celui de la personnalité juridique.

⁶⁷⁶ Les liens financiers entre les sociétés, grâce à la prise de participation, n'ont pas pour effet de conférer une personnalité morale au groupe ainsi constitué.

⁶⁷⁷ Le principe de l'indépendance juridique des différentes sociétés appartenant à un même groupe impose que soit caractérisé un état de cessation de paiements propre à chacun d'entre elles pour l'ouverture de procédures collectives séparées : Cass. com., 5 avril 1994 : Rev. sociétés, 1994, p.318, note Y. GUYON.

l'identité des dirigeants ou des associés ou de tout autre type d'assujettissement de la gestion de la filiale à la personne morale mère⁶⁷⁸.

Le principe demeure que le seul fait pour une société de détenir le contrôle d'une autre ne suffit pas pour caractériser la fictivité de la société. La société mère et ses filiales conservent chacune leur personnalité juridique. À la différence de la succursale, qui n'a ni patrimoine propre ni personnalité juridique indépendante, la filiale est une société juridiquement autonome, formellement du moins, et qui le demeure malgré la part importante que la société mère peut détenir dans son capital⁶⁷⁹. L'importance de la participation au capital détenue par la société mère ne constitue pas en elle-même une cause de la fictivité, dès lors que les autres associés ne sont pas privés de la possibilité d'exercer les prérogatives attachées à leur qualité d'associé. De même, l'identité de dirigeants entre une société mère et sa filiale ne suffit pas non plus à établir la fictivité s'il est avéré que les sociétés mènent une vie distincte et ne confondent pas leurs patrimoines⁶⁸⁰. De même encore, il est vrai que de nombreuses décisions relèvent "l'existence d'une seule et même entité économique" ou encore "l'unicité d'entreprise" pour en déduire la fictivité d'une filiale ou d'une société totalement assujettie à une autre⁶⁸¹. Mais la fictivité ne peut simplement se déduire de l'existence d'un montage juridique, aussi complexe soit-il⁶⁸². Pour fonder la fictivité, d'autres éléments anormaux doivent être constatés par les juges⁶⁸³. Ainsi, si les juges du fond estiment que des sociétés sont des sociétés de façade apparaissant comme des unités d'exploitation d'une même entreprise

⁶⁷⁸ A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », op. cit., n° 24, p. 7.

⁶⁷⁹ A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », op. cit., n° 26, p. 7. La jurisprudence témoigne d'un assez grand libéralisme en admettant que des filiales puissent exister juridiquement quand bien même les sociétés mères possèdent la quasi-totalité de leur capital : Cass. Req., 12 mai 1931 : S. 1932, 1, p. 57. – Cass. civ., 1946 : S. 1947, 1, p. 33. Cass. com., 5 mai 1982 : Bull. civ. IV, n° 156. – CA Paris, 9 avril 1930 : S. 1930, 2, p. 116.

⁶⁸⁰ A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », op. cit., n° 27 et 28 : dans bien des cas, la confusion des patrimoines est le révélateur de la fictivité. Dans certains cas, c'est l'apparence créée qui est le seul fondement ou le fondement principal de la décision déniait à une société toute existence distincte d'une autre société. Il n'est pas nécessaire que cette apparence soit délibérément créée mais il suffit qu'elle soit suffisamment caractérisée pour que les tiers puissent s'en prévaloir. Ainsi, les confusions de sigles et d'adresses ayant pour effet, sinon pour but, de convaincre les clients qu'ils traitent avec une même entreprise, justifient également la non-reconnaissance de la personnalité propre d'une société. – M. DE GAUDEMARIS, « *Théorie de l'apparence et sociétés* » : Rev. sociétés, 1993, p. 465.

⁶⁸¹ A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », op. cit., n° 30, p. 8.

⁶⁸² A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », op. cit., n° 31, p. 9 : le fait que la SCI soit propriétaire de l'actif immobilier consacré aux besoins d'une société commerciale, et que les ressources de la SCI proviennent des loyers acquittés par la société d'exploitation, est parfaitement correct.

⁶⁸³ A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », op. cit., n° 31, p. 9.

commerciale, ces constatations ne suffisent pas à caractériser la fictivité de l'une ou de l'autre de ces sociétés⁶⁸⁴.

Cependant la filiale peut être assimilée à une succursale ou une agence, selon une formule employée dans nombre de décisions judiciaires, si l'emprise qu'exerce la société mère sur la filiale est trop accusée⁶⁸⁵. Constitue donc un signe tangible de l'absence d'autonomie d'une filiale le fait pour les dirigeants de gérer directement ou par personne interposée la filiale comme s'il s'agissait d'une succursale ou d'une agence⁶⁸⁶. Celle-ci peut être considérée comme une simple façade, masquant l'activité d'une autre personne morale, lorsque ses associés ne sont que des prête-noms de la société mère. Il en est ainsi lorsque les associés minoritaires, bien qu'ayant effectué un apport minimum, sont des administrateurs, des actionnaires ou même des salariés de la société mère, dont la présence au sein de la société ne tend qu'à donner une régularité formelle à celle-ci, mais qui n'ont en fait ni la volonté ni la possibilité d'exercer les droits et prérogatives attachés à la qualité d'associé⁶⁸⁷.

B. La non-transposition de la notion de fictivité à la société unipersonnelle

185. Pour démontrer la non transposition de la notion de société fictive à la société unipersonnelle, on doit envisager les causes de fictivité de la société unipersonnelle (A) avant de rejeter la conception élargie de la fictivité (B).

1° Les causes de fictivité de la société unipersonnelle

186. L'étude de la volonté déclarée de l'associé unique a permis de déterminer la qualification exacte de la société unipersonnelle comme patrimoine d'affectation unipersonnel. Selon J.-J. DAIGRE, « depuis que la loi du 11 juillet 1985 a autorisé la création de SARL unipersonnelle (EURL) et que la loi du 12 juillet 1999 a fait de même pour les sociétés par actions simplifiées, la société est devenue une pure technique de séparation des patrimoines »⁶⁸⁸. Plus exactement, la société unipersonnelle est une technique de division d'un seul patrimoine, celui de la personne dénommée associé unique, en deux ou plusieurs patrimoines. La loi Madelin du 11 février 1994 a, en effet, étendu la possibilité de constituer plusieurs EURL, qui était prévue uniquement pour les

⁶⁸⁴ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 30, p. 8.

⁶⁸⁵ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 24, p. 7.

⁶⁸⁶ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 27, p. 8.

⁶⁸⁷ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 26, p. 7. – V. notamment : Cass. com., 22 juin 1999 : Defrénois 1999, art. 37061, p. 1195, note H. HOVASSE ; Bull. joly 1999, § 229, p. 978, note A. COURET ; Rev. sociétés, 1999, p. 825, note A. CONSTANTIN ; JCP E 2000, p. 418, note M. MENJUCQ. – CA Toulouse, 2^e Ch., 18 octobre 1995 : Bull. Joly 1996, p. 384, § 131.

⁶⁸⁸ J.-J. DAIGRE, « Société fictive », Rép. Société, Dalloz, 1999, n° 46, p. 8.

personnes morales, aux personnes physiques⁶⁸⁹. Cette possibilité, sans autres précision de la loi, est admise pour les SASU, ce qui consacre plus clairement la société unipersonnelle comme patrimoine d'affectation et plus précisément comme technique de limitation de responsabilité au profit de l'associé unique.

Cette qualification n'est pas sans incidence sur la notion de société fictive, puisqu'en droit commun, l'absence même d'une réalité collective constitue une cause autonome de fictivité. Ainsi, selon J. BARTHELEMY, « *La société n'a de sens que si elle résulte de la volonté de plusieurs personnes de s'associer. Si elle n'est utilisée qu'en raison de ses vertus dans le domaine de l'organisation de l'entreprise et pour assurer la séparation du patrimoine affecté à l'exploitation, la société devient fictive* »⁶⁹⁰. De même, selon A. MARTIN-SERF, le montage que constitue une EURL ou une SASU régulière repose tout entier sur la fictivité : cela pourrait s'appeler combattre le mal par le mal. La personnalité morale devient une pure technique juridique incompatible avec la théorie de la réalité : comment reconnaître la réalité dans cette « société » où l'*affectio societatis* et le principe d'égalité entre associés sont vidés de leur sens ? Le régime de référence de l'EURL est au surplus celui de la SARL, alors que précisément la SARL constituait le terrain d'élection des sociétés fictives⁶⁹¹.

187. Toutefois, si l'absence d'une réalité collective conduit à déclarer la fictivité d'une société nécessairement pluripersonnelle, il n'en est pas de même pour les sociétés autorisées à être unipersonnelles. Dans le cadre de telles sociétés, il est en effet admis que « *la personnalité morale est directement destinée à permettre à un individu de diviser son patrimoine, d'en affecter une partie au gage de ses créanciers économiques et d'en conserver une partie au profit de ses créanciers personnels* ». Selon J.-J. DAIGRE, « *Dès lors, puisque telle est la volonté législative, il est difficile, de prime abord, d'admettre que le juge puisse considérer que la société a été constituée dans l'unique dessein de priver les créanciers économiques de leur gage général et que la société est alors fictive par abus de la personnalité morale, puisque c'est la technique de la personnalité morale elle-même qui le permet intentionnellement* »⁶⁹².

L'EURL, et plus généralement toute société unipersonnelle, consacre donc la théorie de la fictivité avec la bénédiction du législateur, et provoque l'éclatement de la notion de société elle-même⁶⁹³. A cet égard, on ne peut manquer à citer

⁶⁸⁹ Loi du 11 février 1994, article 5 modifiant l'art. 36-2, de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, aujourd'hui article L. 223-5 du Code de commerce. La "cascade" d'EURL, demeure toutefois interdite. Autrement dit, une EURL ne peut pas être l'associé unique d'une autre EURL : P. LE CANNU : Bull. Joly 1994, p. 237 s.

⁶⁹⁰ J. BARTHELEMY, « *L'entreprise individuelle* », Rapport au Conseil économique et social, JO, séance des 27 et 28 avril 1993.

⁶⁹¹ A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », op. cit., n° 13, p. 4.

⁶⁹² J.-J. DAIGRE, « *Société fictive* », Rép. Société, Dalloz, 1999, n° 18, p. 4.

⁶⁹³ A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », op. cit., n° 13, p. 4.

l'observation de M. BÉGUIN qui, avec clairvoyance, avait précisé qu'« *il importe simplement d'être lucide et de ne pas méconnaître cette transformation conceptuelle qui s'accomplit sous nos yeux, sous la pression des nécessités économiques. On change les règles, mais par contre-coup les concepts, eux aussi, voient leur contenu modifié* ». Selon cet auteur, « *si on lie de la sorte la notion de société et celle d'entreprise, on accomplit une petite révolution juridique et les répercussions seront peut-être nombreuses. Par exemple, tant qu'on se demandera – et Dieu sait si la jurisprudence sur les sociétés fictives est abondante – quel est le critère de la société réelle et de la société fictive, ce n'est plus à la notion d'affectio societatis qu'on devra se référer c'est simplement à la notion d'unité de production, d'unité de gestion. Pour déterminer si un filiale est réelle ou fictive, pour déterminer si une société est réelle ou fictive – ce qui est très important au stade de la constitution –, on devra s'attacher non pas au contrat, non pas à l'affectio societatis, mais à la vérification par les juge de l'existence véritable d'une unité économique, d'une unité de gestion* »⁶⁹⁴.

188. Dans ces conditions, il est impératif d'admettre qu'une société unipersonnelle ne saurait être une institution ou une technique de purge des nullités. Si la société unipersonnelle ne peut pas être déclarée fictive en se référant au régime juridique des sociétés pluripersonnelles, elle peut être entachée de fictivité sur d'autres fondements. En effet, la doctrine n'évoque généralement pas la question à savoir si la simulation intervient en matière d'acte unilatéral de volonté. Lorsque la question est évoquée, les auteurs, adoptant une conception restrictive de la simulation, ont tendance à répondre par la négative. Pourtant, une partie de la doctrine qui s'attache à une conception large de la simulation admet son existence en matière d'acte unilatéral⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ Allocation de M. BÉGUIN, Vœux de la quatrième commission, In, « *Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises* » : 64^e Congrès des notaires de France, Royen 1966,, p. 235, spéc. p. 242. – Sur la substitution de la théorie d'unité économique à celle des sociétés fictives, V. N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », éd. LGDJ., 1991, n° 160, p. 153. – M. GLAIS, « *L'unité économique et sociale entre les personnes morales juridiquement distinctes. Le point de vue de l'économie* » : Gaz. Pal. 1987, I, doct. 309. – Cass. com., 28 novembre 1989 : Rev. sociétés 1990, p. 240.

⁶⁹⁵ L. JOSSERAND, « *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé* », Paris, Librairie Dalloz, in « *Essai de téléologie juridique* », II, 1928, n° 192, p. 240 : pour JOSSERAND, dans la même ligne d'ESMEIN (P. ESMEIN : note S. 1927. 1. 73), la simulation se conçoit fort bien en dehors de toute convention et l'idée qu'en donne M. PLANIOL est trop étroite. Pour JOSSERAND, la simulation consiste, de la part de l'auteur ou des auteurs d'un acte juridique, à donner le change au public sur la réalité, la nature, les participants, les bénéficiaires ou les modalités de l'opération intervenue. La simulation peut ainsi revêtir des aspects différents, des formes plus ou moins graves, depuis l'acte fictif jusqu'à une simple dissimulation de prix ; il y a donc simulation et simulation ; il semble donc que le mobile doive être en pareille matière tout à fait décisif et qu'il commande souverainement aux destinées juridiques de l'acte adultéré sous son influence ; les parties ou l'auteur de l'acte unilatéral ont obéi au désir de faire échec à un principe d'ordre public ; ils ont cédé à un mobile illicite et c'est pourquoi l'opération, viciée dans ses origines profondes comme dans son but dernier, est frappée de nullité (L. JOSSERAND, *ibid.* n° 206, p. 253) ; et du même coup, nous en revenons à la théorie de la cause largement entendue : les raisons qui déterminent les parties à user de simulation entrent en définitive, dans la cause impulsive et déterminante. C'est la même observation que pour la fraude.

Dans cet ordre d'idée, il est vrai que la théorie de la simulation ne saurait s'appliquer à la société unipersonnelle, du moins par ses effets : faute d'une pluralité de parties, il ne saurait exister d'acte secret. Cependant, lorsque l'adhésion psychologique à l'acte n'est pas décelée chez l'associé unique, l'acte unilatéral de société ne peut avoir d'autre appellation, et l'on peut parler d'acte unilatéral apparent ou ostensible par opposition à l'intention simulée ou cachée de l'auteur. Il est vrai que l'on ne peut pas vouloir, en même temps, une chose et son contraire mais on peut essayer de tromper son monde. Le dénommé associé unique est donc lié par sa volonté déclarée qui consiste à respecter une séparation entre son patrimoine personnel et le patrimoine de sa société, et cela sous peine de voir considérer la société unipersonnelle comme fictive. C'est alors la confusion des patrimoines qui est cause ou fondement de la fictivité de la société unipersonnelle.

Ainsi, selon H. LE NABASQUE, l'EURL est caractérisée par le fait qu'il n'y a ni contrat, ni associés, ni *affectio societatis* réelle (du moins au sens classique du terme). « Il en résulte que la fictivité de l'EURL dépend – exclusivement – de la sincérité et de la consistance de l'acte unilatéral qui a pu l'instituer ; manière de dire que sa preuve dépend, logiquement, de l'analyse du seul comportement du maître de l'affaire (s'il est associé) »⁶⁹⁶. Selon P. LE CANNU, une EURL ne sera déclarée fictive que si l'associé unique ne respecte pas les règles de fonctionnement de la société⁶⁹⁷. Selon B. MAUBRU, « la société unipersonnelle peut être tenue pour fictive notamment si l'associé unique confond son patrimoine personnel et celui de sa société (...) Cette fictivité peut résulter, non seulement de l'utilisation par l'associé unique de biens sociaux comme des siens propres, mais aussi, à l'inverse, de l'utilisation pour les besoins de la société des biens personnels dudit associé »⁶⁹⁸. De même, selon M. BAILLY-MASSON, en l'absence de critère de qualification sociale, essentiellement l'*affectio societatis* qui ne peut pas se réduire à la volonté de constituer une société, la doctrine admet volontiers que la société apparaît comme le moyen d'affecter un patrimoine à une activité donnée et de redonner autonomie et indépendance à l'entreprise personnifiée⁶⁹⁹.

Le juge doit donc procéder à une analyse de la volonté à l'origine de la création de la société. Le critère de la réalité de la société unipersonnelle ne réside pas dans l'*affectio societatis* mais dans l'existence d'une autonomie de l'entreprise : autonomie de l'activité et autonomie patrimoniale. « La société unipersonnelle peut alors

⁶⁹⁶ H. LE NABASQUE, note sous CA Paris, 13 juillet 1993, préc., p. 1255 : en outre, Monsieur LE NABASQUE introduit une autre cause de fictivité de l'EURL qui tient dans le fait qu'une telle structure est constituée « à seule fin de dissimuler la personne même du maître de l'affaire : ni associé, ni même gérant ». Finalement, cet auteur indique, en réalité, que « seule une aberration de comportement (...) doit pouvoir déboucher sur un constat de fictivité ».

⁶⁹⁷ P. Le CANNU, « L'EURL et les procédures collectives » : Bull. joly, 1986, p. 895.

⁶⁹⁸ B. MAUBRU, « Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'E.U.R.L. » : JCP N 1986, I, p. 435, spéc. p.436, n°5.

⁶⁹⁹ Cl. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue ? » : Petites affiches 24 janvier 2000, n° 16. p. 4.

être soumise à la fictivité lorsqu'elle ne recouvre aucune entreprise réelle, c'est-à-dire aucune entreprise autonome, détachée de la personne de l'associé. C'est alors la personne morale qui est fictive »⁷⁰⁰.

189. Cela étant, il reste que nous serons alors en présence de deux concepts de fictivité et qu'il est absolument nécessaire de rechercher une conciliation. En effet, il n'est juridiquement pas possible d'avoir deux notions de la société fictive, puisque dans ce cas, il y a aurait deux conceptions différentes de la société dans un même droit. Consciente de la nécessité d'éliminer toute contradiction en la matière, la doctrine a cherché la possibilité d'élaborer une conception unitaire de la fictivité des sociétés englobant les sociétés pluripersonnelles et unipersonnelles.

2° Le rejet d'une conception élargie de la fictivité

190. L'intérêt de la recherche d'une théorie unitaire de la société fictive englobant les sociétés unipersonnelle et pluripersonnelle est une voie incontournable pour qualifier la société écran⁷⁰¹.

Quel est le critère de l'existence d'une société réelle ? Le principe suppose que le contrat de société constitue à la fois une condition de validité de l'acte de société et un critère de qualification sociale, alors que, par bénéfice législatif, selon l'article 1832 du Code civil, exceptionnellement, et dans certains cas limités, la société peut être instituée par une seule personne. Aussi, au regard de cette opposition flagrante entre le principe et l'exception, comment peut-on concevoir une conception unitaire de la fictivité des sociétés ? Sur quoi donc fonder ou attacher la qualification sociale lorsque, dans une société unipersonnelle, le contrat de société fait défaut ?

Si l'on plaide en faveur d'une conception unitaire englobant les deux notions, la différence entre la société pluripersonnelle et la société unipersonnelle réside dans un simple aménagement du régime juridique de la première pour l'appliquer à la seconde. Si au contraire les deux notions relèvent de deux régimes juridiques différents et ne sauraient se fondre dans une même notion, il convient de réserver la qualification sociale à l'une et de la refuser à l'autre. De sorte que l'application de la technique sociétaire ne saurait être qu'un procédé juridique détourné.

191. Une partie de la doctrine soutient pourtant une conception nouvelle de la fictivité indépendante de l'acte créateur⁷⁰². Cette notion de fictivité est ainsi appelée

⁷⁰⁰ L. COMANGES, « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives » : Bull. july 2003, § 2, p. 12.

⁷⁰¹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran... », op. cit., n° 166, p. 119 et s.

⁷⁰² Cl. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue ? » : Petites affiches 24 janvier 2000, n° 16. p. 4.

« fictivité économique »⁷⁰³, par opposition à la notion traditionnelle de fictivité liée à l'existence d'un véritable contrat de société.

Selon certains auteurs, de nombreuses applications de la notion de société fictive ne correspondraient plus à la définition classique de la fictivité tirée du mécanisme de la simulation et fondée sur l'absence d'*affectedio societatis*. Selon Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, l'essor de cette forme de fictivité est dû d'une part, à l'attribution par la loi de 1966 de la personnalité morale dès l'immatriculation de la société, et d'autre part à la reconnaissance de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée⁷⁰⁴. Si cette conception extensive ou élargie implique de réduire la société à une technique d'organisation de l'entreprise et de limitation des risques, son mérite est de proposer une conception rénovée et unitaire de la société fictive englobant la société pluripersonnelle et unipersonnelle.

La doctrine dénonce les inconvénients pratiques et les incertitudes juridiques de l'*affectedio societatis* comme critère déterminant du caractère réel ou fictif d'une société⁷⁰⁵. Selon M. ROUAST-BERTIER, la mise en œuvre de la conception classique conduirait à des solutions irréalistes et menacerait la sécurité juridique⁷⁰⁶. Selon cet auteur, de nombreux montages juridiques, contestables sur un plan strictement juridique, seraient indispensables sur un plan économique. Ainsi, « *l'assimilation du défaut d'affectedio societatis (c'est-à-dire, l'absence d'une réelle dimension contractuelle) à la fictivité d'une société conduirait logiquement à qualifier de fictives toutes les sociétés qui sont filiales à presque 100% d'une société mère* ». En outre, la doctrine soutient non seulement un mouvement de « *desaffectedio societatis* », mais plaide également en faveur d'une conception qui ne remette pas cause une société personne morale en raison de la disparition de l'*affectedio societatis* au cours de la vie sociale. Cela signifie que l'*affectedio societatis* ne pourrait plus être considérée comme le critère de la fictivité⁷⁰⁷. Il importe de remarquer aussi que cette volonté doctrinale de dégager l'analyse de la fictivité de ses fondements classiques repose sur une observation de la jurisprudence relative à la fictivité, dont l'évolution montrait que le juge s'intéresse désormais plus à la

⁷⁰³ Sur cette notion V. J.-J. DAIGRE, « Société fictive », Rép. Société Dalloz, 1999, n° 17, p. 4. - C. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran essai sur sa notion et son régime juridique », LGDJ., 1998, Préface P. DIENER.

⁷⁰⁴ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran essai sur sa notion et son régime juridique », LGDJ., 1998, Préface P. DIENER, n° 145 et s.

⁷⁰⁵ Sur les critique de l'approche classique de la société fictive V., V. CUISINIER, « L'*affectedio societatis* », Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, Préface A. MARTIN-SERF, n° 169 et s, p. 139.

⁷⁰⁶ P. ROUAST-BERTIER, « Société fictive et simulation » : Rev. sociétés 1993, p. 725 : « *la notion d'affectedio societatis, notion psychologique au contenu mouvant autant qu'incertain, ne paraît guère en mesure de constituer un critère de la fictivité des sociétés procurant aux agents économiques (et en particulier aux créanciers comme aux associés des sociétés en cause) le minimum de sécurité juridiques requises* ».

⁷⁰⁷ V. CUISINIER, « L'*affectedio societatis* », op. cit., n° 170 et s, p. 140.

personnalité morale de la société qu'à ses éléments constitutifs⁷⁰⁸. Les inconvénients tant pratiques que juridiques de l'utilisation de l'*affectio societatis* comme critère déterminant de la fictivité justifieraient alors son abandon progressif au profit de critères plus « objectifs et fonctionnels » de la fictivité, tels que la confusion d'activités et de patrimoines⁷⁰⁹.

192. Selon cette conception économique, le critère de la fictivité doit être recherché non dans les circonstances de la formation de la société, mais dans les modalités de son fonctionnement. On est alors conduit à adopter une conception fonctionnelle de la fictivité détachant la notion de société fictive de celle de la simulation⁷¹⁰. Cette conception trouve en réalité sa source dans la jurisprudence assimilant fictivité et confusion des patrimoines. F. GISSEROT estime que la confusion des patrimoines est une source de fictivité indépendante des notions d'*affectio societatis* et de simulation⁷¹¹ et cette interprétation justifierait par exemple qu'il puisse exister des EURL fictives⁷¹². De même, selon J.-J. DAIGRE, il s'agirait alors d'une « fictivité par abus de personnalité morale »⁷¹³. Lorsque les juges induisent la fictivité de la confusion des patrimoines, ils ne font que constater que la personnalité morale de la société et l'autonomie patrimoniale qui lui est liée ont été détournées de leur fin⁷¹⁴. Il peut désormais y avoir fictivité par confusion de patrimoines et d'activités, cette notion étant indépendante des notions de simulation et d'*affectio societatis*⁷¹⁵. Toutefois, sans nécessairement remettre en cause la pertinence de l'analyse classique de la fictivité, cette critique a pour principal objet de dénoncer le caractère inadapté du mécanisme de la simulation et de son critère intentionnel tiré de l'absence d'*affectio societatis* pour appréhender une conception élargie de la fictivité. Il s'agit donc, selon la terminologie de J.-J. DAIGRE d'une fictivité économique qui se distingue de la fictivité juridique⁷¹⁶. Cette doctrine est sans doute confortée par l'attitude jurisprudentielle casuistique dans l'emploi des expressions de société fictive, de société frauduleuse et de confusion des patrimoines.

193. Cependant, cette conception conduit, en réalité, à confondre fictivité et abus de la personnalité morale, ce qui n'est pas souhaitable. L'abus de la personnalité morale est plus large que la fictivité et il convient de les distinguer. Sans doute, l'abus de la personnalité morale englobe la société fictive mais il ne se réduit pas à elle.

⁷⁰⁸ V. CUISINIER, « *L'affectio societatis* », op. cit., n° 171 et s, p. 140

⁷⁰⁹ V. CUISINIER, « *L'affectio societatis* », op. cit., n° 171 et s, p. 140

⁷¹⁰ P. ROUAST-BERTIER, « *Société fictive et simulation* » : Rev. sociétés, 1993, p. 725.

⁷¹¹ F. GISSEROT, « *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite* » : RTD com., 1979, p. 49.

⁷¹² P. ROUAST-BERTIER, « *Société fictive et simulation* » : Rev. sociétés 1993, p. 725.

⁷¹³ J.-J. DAIGRE, « *Société fictive* », Rép. Société, Dalloz, 1999, n° 17.

⁷¹⁴ V. CUISINIER, « *L'affectio societatis* », op. cit., n° 171 et s, p. 140

⁷¹⁵ V. CUISINIER, « *L'affectio societatis* », op. cit., n° 171 et s, p. 140

⁷¹⁶ J.-J. DAIGRE, « *Société fictive* », Rép. Société, Dalloz, 1999, n° 17 et s.

L'abus de la personnalité morale englobe aussi la confusion des patrimoines et l'abus de pouvoir ou de majorité. L'abus de la personnalité morale se manifeste à l'égard d'une personne morale réelle, existante et indépendante, alors que la fictivité sanctionne l'abus dans la création même d'une société dotée de la personnalité morale. En d'autres termes, la fictivité repose sur le non-respect des finalités propres pour lesquelles la structure sociale est envisagée. Cette notion s'apprécie au moment même de la création de la société, car c'est à ce moment que s'apprécient les éléments de validité et de qualification du contrat de société⁷¹⁷.

Plus clairement, la fictivité de la société vise le détournement des finalités propres de la structure sociale, c'est-à-dire le fait de créer une société pour des buts autres que ceux pour lesquelles cette structure est envisagée, alors que l'abus de la personnalité morale vise à détourner l'intérêt propre de la personnalité morale. Du reste, il importe de souligner que l'abus de la personnalité morale peut être révélateur de la fictivité, sans qu'il soit en lui-même juridiquement sa cause ou son fondement. Dès lors, il convient de mieux distinguer la fictivité de l'abus de la personnalité morale, plutôt que d'édifier une nouvelle conception complexe, dans une matière déjà compliquée, consistant à considérer l'abus de la personnalité morale comme une nouvelle forme de la fictivité, qualifiée de fictivité économique⁷¹⁸.

Dans cet ordre d'idée, il est intéressant de noter que N.-F. RAAD a distingué deux formes d'abus⁷¹⁹. Cet auteur appelle abus contractuel l'ensemble des situations qui recouvrent l'utilisation de la personnalité morale aux fins de simulation ou de fraude. Sont des abus légaux, les diverses utilisations de la personnalité morale, à des fins personnelles, par le maître de l'affaire. La société fictive est ainsi présentée comme un exemple d'abus contractuel, alors que la confusion des patrimoines est une illustration de l'abus légal⁷²⁰.

194. Quant à la jurisprudence, il semble qu'elle adopte une conception distinguant entre fictivité et confusion des patrimoines⁷²¹. Il en résulte que, pour les

⁷¹⁷ A. MARTIN-SERF, « *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses* », J.-Cl. Sociétés, Fasc. 7-40, n° 103, p. 20 : pour déterminer si un apport ou non fictif, il faut se placer au moment de la constitution de la société (Cass. com., 18 juin 1974 : Bull. civ. IV, n° 199), c'est-à-dire au jour de la signature des statuts : dès lors la perte de valeur postérieure de l'apport ne doit pas être prise en considération.

⁷¹⁸ J.-J. DAIGRE, note sous Cass. com., 21 novembre 1995 : JCP E 1996, n° 852, p. 197.

⁷¹⁹ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », n° 1125.

⁷²⁰ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, préface F. TERRÉ, n° 19, p. 18 : Pour N.-F. RAAD, la simulation, bien que contestée dans son domaine, suppose que l'existence réelle de la personnalité morale soit essentiellement attachée à la technique contractuelle ; V. également, n° 179, p. 170 : l'abus du droit commun implique que la personnalité morale n'existe ni en droit ni en fait. L'abus légal de la personnalité morale, postule l'existence de la personnalité morale en droit et en fait.

⁷²¹ Certaines décisions ont retenu à la fois la fictivité et la confusion des patrimoines, mais les décisions les plus récentes distinguent les deux notions (Cass. com. 7 janvier 2003 : Bull. civ. 2003, IV, n° 3, p. 4. – Cass. com., 8 juillet 2003 : Dr. sociétés 2004, n° 5, comm. 79, note, J.-P. LEGROS : selon la

sociétés nécessairement pluripersonnelles, la confusion des patrimoines n'entraîne pas nécessairement la fictivité et ne met donc pas en échec l'existence de la personnalité morale⁷²².

En effet, si la confusion des patrimoines est le révélateur de la fictivité, elle ne s'en distingue pas moins de celle-ci et suppose l'existence de deux personnes à la tête de deux patrimoines distincts. Plus clairement, si dans bien des cas, la confusion des patrimoines constitue un indice aux yeux des juges pour apprécier l'existence réelle ou la fictivité de la société, elle n'est pas, en elle-même et juridiquement parlant, cause de fictivité. Ce sont les circonstances d'exploitation de la société qui révèlent sa fictivité initiale. La confusion progressive des patrimoines et des structures administratives permet *a posteriori* de mettre en évidence l'absence d'*affectio societatis* et donc la fictivité⁷²³.

195. Toutefois, s'il est admis qu'une société peut avoir une existence réelle bien que la confusion des patrimoines soit constatée, on ne saurait admettre cette solution en matière de société unipersonnelle. Lorsque la société est unipersonnelle, il n'est pas contesté que la confusion des patrimoines est le critère même de sa fictivité. Le caractère fictif d'un acte peut entacher un acte contractuel comme il peut toucher un acte unilatéral. Cependant, dans le premier cas, la fictivité est fondée sur l'absence de réalité collective et d'*affectio societatis*, alors que dans la société unipersonnelle, on doit retenir des critères différents. La fictivité de la société unipersonnelle serait fondée sur le non-respect d'une affectation patrimoniale. Aux yeux de la notion traditionnelle de la fictivité, la société unipersonnelle est donc une société fictive légalement autorisée dans les cas prévus par la loi.

La tentation est certes grande, et non dépourvue de logique, de se fonder sur l'admission de la société unipersonnelle pour remettre en cause la fictivité de la société masquant l'activité d'une seule personne. Cependant, la société

Cour de cassation « l'existence de relations financières entre une SCI et une SARL exploitant un fonds de commerce et le fait que l'activité sociale de la SCI se limite à la location de murs ne caractérise pas la fictivité »

⁷²² V. notamment, J.-P. LEGROS, note sous Cass. com., 8 juillet 2003 : Dr. sociétés 2004, n° 5, comm. 79 : la confusion des patrimoines n'implique pas nécessairement la fictivité. Preuve en est que la théorie de la confusion des patrimoines concerne également les personnes physiques.

⁷²³ P. SERLOOTEN, note sous Cass. com., 13 octobre 1998 : Bull. Joly 1999, n° 1, § 10, p. 58 : la Cour de cassation déclare que « Dès lors qu'il est établi que la création de la société n'était que la perpétuation, sous une forme juridique distincte, d'une seule entité économique, contrôlée par une seule personne, marquant ainsi la fictivité de la société en raison du caractère artificiel de sa création, la liquidation judiciaire prononcée contre la société doit être étendue à son principal associé ». – V. également, A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », op. cit., n° 29, p. 8 : « La confusion des patrimoines s'accompagne fréquemment d'une communauté de moyens matériels utilisés (locaux, numéros d'appel téléphoniques...), des moyens commerciaux et techniques, voire des dirigeants. Elle est corroborée par le défaut de séparation d'activités, des avoirs, la communauté des comptes bancaires et de la caisse, l'existence de liaisons financières anormales entre sociétés indépendantes, la conclusion de contrats à des conditions différentes de celles qui sont imposées à des étrangers ».

unipersonnelle n'est admise que dans des conditions assez limitées. Cette reconnaissance législative ne permet pas une admission généralisée de sociétés permettant à une personne physique d'affecter une fraction de son patrimoine à une activité déterminée, sans que la totalité de ses biens réponde des obligations contractées à cette occasion. Dans ces conditions, la société constituée avec une ou plusieurs personnes complaisantes n'est qu'une apparence d'être moral nouveau puisqu'il n'y a, en réalité, qu'un associé⁷²⁴.

Il apparaît donc plus juste de réserver la notion de société fictive à la société pluripersonnelle et de nier la qualification sociale de la société unipersonnelle en la réduisant à une appellation légale.

196. En conclusion, la société unipersonnelle ne peut être fictive que sur le fondement du non-respect de l'affectation patrimoniale ou de la non-séparation entre le patrimoine de la société et celui de l'associé unique. Autrement dit, la cause de fictivité de la société unipersonnelle réside dans la confusion des patrimoines, alors que cette circonstance n'est pas une cause de fictivité dans les sociétés de droit commun. Mieux vaut donc raisonner en termes de patrimoine d'affectation et non en termes de société personne morale et substituer au terme fictivité, qui reste réservée aux sociétés pluripersonnelles, le terme confusion des patrimoines. Cela aurait l'avantage de tirer des conséquences juridiquement logiques et peut contribuer non seulement à améliorer le régime juridique de cette affectation en conformité avec les buts envisagés mais également à comprendre les failles de l'institution.

197. Conclusion de section 2. Ni la structure de la volonté déclarée ni celle de la volonté interne de l'associé unique ne peut justifier une qualification sociale. D'une part, la notion d'institution n'a jamais déterminé l'application d'un régime juridique spécifique. D'autre part, le rejet d'une conception élargie de la fictivité, englobant la confusion des patrimoines, interdit de ressembler les sociétés unipersonnelle et pluripersonnelle dans une même notion.

198. Conclusion du chapitre II. L'élaboration d'une théorie unitaire de la société englobant les sociétés unipersonnelle et pluripersonnelle a été soldée par un échec. D'une part, la société (nécessairement pluripersonnelle) trouve son fondement dans le contrat alors que la société unipersonnelle trouve son fondement dans un acte unilatéral. Il est vrai que la transposition de la structure contractuelle à la société unipersonnelle engendre cette conséquence absurde que l'acte créateur d'une société unipersonnelle maintient l'existence d'une fiction de contrat. Toutefois, l'idée de contrat subsiste par la fiction de dédoublement de la personnalité de l'associé unique sans que l'on puisse conférer à l'acte créateur une qualification sociale⁷²⁵. D'autre

⁷²⁴ A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses », J.-Cl. Sociétés, Fasc. 7-40, n° 16, p. 5.

⁷²⁵ *Supra* n° 157 et s.

part, si des transpositions techniques ont été admises, elles ne peuvent changer le contenu et la cause de la volonté de l'associé unique qui demeure déterminant dans le choix de la qualification. En l'absence d'une pluralité d'associés, qui demeure exigée comme condition de la réalité des sociétés nécessairement pluripersonnelles, la société unipersonnelle n'apparaît pas comme une société réelle mais comme une société fictive légalement autorisée. La fictivité, elle-même, postule l'absence d'une qualification sociale et impose par là même la remise en cause de la notion de société unipersonnelle.

199. Conclusion du titre I. Quel que soit le but de la société ou la nature de son activité, la notion de société doit être réservée à l'idée d'association entre deux ou plusieurs personnes alors qu'en instituant la société unipersonnelle, le législateur a précisément voulu permettre à une personne physique ou morale de constituer un patrimoine d'affectation doté de la personnalité juridique et de la limitation de responsabilité. Précisément, l'acte instituant une société unipersonnelle est l'acte par lequel une personne affecte des biens et, éventuellement, son industrie en vue de limiter sa responsabilité au passif⁷²⁶. La même définition s'impose pour l'acte adoptant le statut de l'EIRL. Ainsi, faute de pluralité d'associés, aucun critère substantiel de qualification d'une société réelle ne peut être transposé à la société unipersonnelle. Ce défaut de transposition dogmatique est corroboré par un défaut de transposition structurelle. Plus clairement, si des transpositions techniques peuvent être admises, elles sont dépourvues de toute valeur de qualification.

L'absence d'une société réelle implique également une remise en cause de personnalité morale de la société unipersonnelle.

⁷²⁶ *Supra* n° 79 et s, n° 89, 107 et n° 109 et s.

TITRE II. LA REMISE EN CAUSE DE LA PERSONNALITÉ MORALE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE

200. La société unipersonnelle est souvent présentée comme une consécration, au moins bancaire, de la notion d'entreprise et la question de sa justification se pose toujours autour de cette notion. Dans ce cadre, comment justifier l'avènement de la société unipersonnelle au regard des théories de la personnalité morale ? Est-il possible d'intégrer la société unipersonnelle dans une théorie unitaire et cohérente de la personnalité morale ? Ces questions se justifient d'autant plus qu'elles permettent également de contribuer à éclaircir les fondements de la notion de personne morale.

201. En effet, l'introduction de la société unipersonnelle n'a pas été sans influence sur la conception et la nature juridique de la personnalité morale. Elle a conduit à renouveler les termes de débats que l'on croyait parfois classiques et clos. Pour certains, la personnalité de la société unipersonnelle est une manifestation de la théorie de la fiction, selon laquelle seul le législateur dispose de la faculté arbitraire d'attribuer ou non la personnalité morale, et cela en l'absence de critères ou de conditions déterminés⁷²⁷. Les partisans de la théorie de la fiction ne peuvent, dès lors, que se féliciter de l'introduction de la société unipersonnelle en droit français, introduction qui apparaît comme l'exemple par excellence de cet arbitraire.

Pourtant, la théorie de la fiction ne semble pas prévaloir en droit positif et n'a reçu l'adhésion ni de la doctrine⁷²⁸ ni de la jurisprudence⁷²⁹. Selon G. WICKER, la préoccupation première de la doctrine a été de fonder l'existence des personnes morales en tant que personnes juridiques. Ce fut l'œuvre des grands auteurs classiques, inquiets de savoir s'il pouvait exister d'autres sujets de droit que l'homme, que de déterminer la nature de la personnalité morale, réalité ou fiction⁷³⁰. Toutefois, aujourd'hui que le législateur s'est depuis longtemps prononcé sur le sort des groupements qui en étaient l'enjeu, le débat s'est apaisé et la doctrine s'accorde majoritairement pour admettre que l'extension du concept de la personnalité aux personnes morales correspond, d'un point de vue technique, à une réalité⁷³¹. F.

⁷²⁷ V. notamment, G. GOUBEUX, « *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens* », In Aspect actuel du droit commercial français, Études dédiés à R. ROBLOT, LGDJ., 1984, p. 199.

⁷²⁸ L. MICHOD, « *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* », LGDJ., 2^e éd., 1924, par L. TROTABAS, p. 35 : il ne suffit pas de se demander si la loi doit reconnaître ou non la personnalité morale à un groupement mais au contraire on doit se demander s'il y a des raisons impérieuses pour que la loi restreigne ou même annule ce droit de posséder collectivement.

⁷²⁹ Les solutions jurisprudentielles ne vont dans le sens de la théorie de fiction légale : V. notamment, Rapport annuel de la Cour de cassation 1990 : documentation française, p. 291 : la Cour de cassation déclare sa position du principe en faveur de la théorie de la réalité.

⁷³⁰ G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 205, p. 199.

⁷³¹ G. WICKER, « *Les fictions juridiques ...* », op. cit., n° 205.

GÉNY a même fait observer que, si la personnalité morale est une notion juridique abstraite, elle répond à une nécessité de la technique juridique et par là se rattache à la réalité⁷³². La théorie de la réalité technique insiste en tout premier lieu sur la nécessité de rechercher des critères auxquels l'attribution et la reconnaissance de la personnalité sont soumises. Selon cette théorie, la personnalité morale ne relève pas uniquement du législateur et, en tout état de cause, même si l'on reconnaît au seul législateur une compétence exclusive pour la reconnaissance ou non de la personnalité morale, la question d'un critère réaliste qui fonde juridiquement l'aptitude à la personnification se pose toujours. Une fois encore, JÈZE enseignait à ses étudiants de n'avoir jamais déjeuné avec une personne morale, mais souvent c'est elle qui paye l'addition⁷³³. Selon R. PLAISANT, « *la personnalité morale est une fiction, mais il faut chercher si elle a bien servi à traduire juridiquement la réalité d'un intérêt distinct* »⁷³⁴.

En effet, la personnalité morale étant l'aptitude à être sujet de droit et c'est le concept du droit subjectif qui en constitue le fondement⁷³⁵. Plus clairement, la notion de sujet de droit présente les mêmes caractères que celle de droit subjectif et prête aux mêmes controverses⁷³⁶. C'est donc en raisonnant à partir de cette notion qu'il faut rechercher si la personnalité juridique peut être appliquée, au-delà des individus, aux groupements⁷³⁷. A cet égard, actuellement et depuis IHERING, le

⁷³² F. GÉNY, « *Science et technique en droit privé positif* », tome, III, p. 219.

⁷³³ R. MORTIER, « *L'instrumentalisation de la personne morale* », In *La personnalité morale*, travaux de l'association H. CAPITANT, journée nationales t. XII/la rochelle, éd., Dalloz 2010, p. 31 et s.

⁷³⁴ R. PLAISANT, note sous Cass. civ., 14 décembre 1944 : S. 1946, I, 105. - V. également, G. WICKER, « *Les fictions juridiques...* » op. cit., n° 170, p. 168 et s : confondant les termes personne et personnalité, la personnalité des personnes morales n'a, le plus souvent, été abordée que sous l'angle d'une extension analogique de la personnalité des individus. Mais, c'est à un complet changement de perspective que procède la théorie de la réalité technique, précise-t-il G. WICKER (Ibid., n° 215, p. 205 et s). Contestant le caractère philosophique (biologiste ou sociologique) de la personnalité, la théorie de la réalité technique rejette l'anthropomorphisme assimilant les personnes morales aux personnes physiques : la personnalité morale est une théorie de la personnalité et non de la personne (Ibid., n° 168, p. 167 et s.). Dans ce sens, plutôt que d'envisager la personnalité morale par rapport à la personnalité des personnes physiques, elle remonte au concept même de la personnalité juridique pour, ensuite, juger de son application aux personnes morales. Le caractère technique de la théorie de la réalité implique donc l'unité de la notion de personne morale. Plutôt même, « *l'apport essentiel de cette théorie est la démonstration que la personnalité juridique des personnes morales, comme celle des personnes physiques, correspondent à l'application d'un seul et même concept technique* » (Ibid., n° 223, p. 210). En outre, c'est parce qu'elle fait de la notion d'intérêt, et non plus de la volonté, le fondement de ce concept qu'elle peut conclure de la réalité de son application aux personnes morales.

⁷³⁵ G. WICKER, « *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 217, p. 206.

⁷³⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 569, p. 251.

⁷³⁷ G. WICKER, « *Les fictions juridiques ...* », op. cit., n° 217, p. 206. - V. notamment, L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* », t. 1, LGDJ., 2^e éd., par L. TROTABAS, 1924, n° 1 à 5 bis.

droit subjectif est défini comme un intérêt juridiquement protégé⁷³⁸. Étant toutefois précisé que « l'intérêt élevé à la dignité d'un droit est toujours un intérêt humain, celui d'un homme ou d'un groupe d'hommes »⁷³⁹. Si l'intérêt protégé est individuel, on est en présence d'une personne physique ; s'il s'agit d'un intérêt collectif, il s'agirait d'une personne morale⁷⁴⁰. Cela signifie qu'en définissant le droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé, les partisans de la réalité laissent envisager les personnes morales comme centres d'intérêts⁷⁴¹. Plus précisément, il s'agit d'une application particulière de la notion d'intérêt.

202. Dans cet ordre d'idée, il importe d'observer que, dans la théorie classique, l'existence d'une réalité collective n'est pas contestée tant que la personnalité morale est construite à partir des groupements. La doctrine se partageait seulement entre plusieurs théories : volonté collective, patrimoine collectif ou propriété collective, organisation collective et enfin intérêt collectif. L'évolution du droit positif a conduit à l'affirmation de la notion de personne morale et au rejet de la théorie négatrice de la personnalité morale qui réduisait la personne morale à un patrimoine collectif ou à une propriété collective. Cette évolution confirme également la théorie de la réalité technique, fondant la personnalité morale sur l'existence d'un intérêt collectif, tout en rejetant la théorie de la réalité concrète qui fonde la personnalité morale sur la volonté collective.

En fin de compte, si l'intérêt a un caractère collectif, c'est que la notion de personne morale est traditionnellement réservée aux groupements, dont le caractère

⁷³⁸ Tout en formulant des critiques décisives à la théorie de *Willenstheorie*, IHERING, dans l'esprit du droit romain (R. VON IHERING, « *L'esprit du droit romain* », t. IV, trad., par O. DE MEULENAERE, Marescq 1880), a défini le droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé. Pour IHERING c'est le contenu de l'acte que le droit protège en non l'acte de volonté en lui-même. Toutefois, IHERING ne va pas jusqu'à reconnaître la réalité des personnes morales. C'est L. MICHOUUD qui va user de la notion d'intérêt afin de dégager une nouvelle définition du droit subjectif et partant établir une théorie pragmatique ou technique de la réalité des personnes morales. Tout acte de volition n'est pas protégé. Cette protection ne va pas jusqu'à couvrir sans distinction toutes les manifestations de cette volonté, à cette condition qu'elle ne heurte pas la volonté d'autrui (L. MICHOUUD, op. cit., n° 51, p. 111.). Précisément, la loi protège, non la volonté, mais l'intérêt que cette volonté représente (L. MICHOUUD, op. cit., n° 47, p. 101.). Pour L. MICHOUUD, 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 la représenter ou de la défendre » (L. MICHOUUD, op. cit., n° 48, p. 103.).

⁷³⁹ L. MICHOUUD, « *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français* », t. 1, LGDJ., 1906-1909, 2^e éd., par L. TROTABAS, 1924, n° 48 bis, p. 106 et s., spécialement, n° 52, p. 111 et s. - G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », préface J. AMIEL-DONAT, LGDJ., n° 217, p. 206.

⁷⁴⁰ T. TILQUIN et V. SIMONART, « *Traité des sociétés* », tome I, Kluwer, éd. Juridique Belgique, 1996, n° 713, p. 540.

⁷⁴¹ G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., Préface J. AMIEL-DONAT, n° 224, p. 212. - V. notamment, L. MICHOUUD, op. cit., n° 51, p. 109 : l'homme est le premier des centres d'intérêts auquel la personnalité doit être reconnue. Aussi, selon L. MICHOUUD (Ibid., n° 52, p. 111), le droit ne doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, il doit garantir et aussi élever à la dignité des droits subjectifs les intérêts collectifs et permanents des groupements humains.

collectif ne fait pas de doute. La personnalité morale est née pour donner une unité à une pluralité de personnes. La défense des intérêts collectifs est à l'origine même de la reconnaissance de la personnalité morale⁷⁴². Plus précisément, seul l'intérêt collectif peut fonder l'existence d'une personne morale réelle et cette affirmation est de nature à remettre en cause la personnalité morale de la société unipersonnelle. Cette affirmation se trouve renforcée également du fait qu'aucune véritable justification juridique n'a pu être donnée de l'attribution de la personnalité morale à cette institution unipersonnelle. Certains palliatifs ont certes été proposés par la doctrine pour justifier la personnification de la société unipersonnelle, mais ces tentatives se sont soldées par un échec.

Dans cette optique, nous envisagerons la remise en cause de la société unipersonnelle au regard, d'abord, de l'absence d'intérêt collectif, ensuite, de l'échec des palliatifs à l'intérêt collectif.

Chapitre I : Une remise en cause de la société unipersonnelle au regard de l'absence d'intérêt collectif

Chapitre II : Une remise en cause de la société unipersonnelle au regard de l'échec des palliatifs à l'intérêt collectif

⁷⁴² N. BARUCHEL, « La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 257, p. 149; V. également, Ibid., n° 60, p. 37 et s : l'intérêt fondement de la personnalité morale est nécessairement un intérêt collectif.

CHAPITRE I. UNE REMISE EN CAUSE AU REGARD DE L'ABSENCE D'INTÉRÊT COLLECTIF

203. L'étude des groupements non personnifiés est souvent l'occasion de douter de l'intérêt collectif comme fondement de la personnalité morale. C'est notamment le cas lorsque un intérêt collectif est suffisamment caractérisé malgré l'absence de personnalité morale. Toutefois, il convient de relever que l'intérêt collectif est une condition nécessaire mais insuffisante en ce sens que le législateur peut, par sa haute police, dénier la personnalité morale à un groupement alors qu'il n'existe pas d'obstacle technique qui s'y oppose⁷⁴³. Autrement dit, le législateur peut, par exemple, pour des raisons d'opportunité (politiques, sociales ou même économiques) refuser la personnalité morale à un groupement pendant une certaine époque et l'admettre pour d'autres époques et selon des circonstances qui ne sont pas purement juridiques. Le but de nos prochains développements est, une fois encore, d'expliquer, d'un point de vue technique, la nécessité d'un intérêt collectif pour fonder une personne morale réelle.

204. En effet, le domaine de la théorie de la réalité technique se limite à déterminer les critères juridiques permettant ou non d'attribuer la personnalité morale à un groupement. Selon L. BOY, certains groupements échappent pour des raisons objectives à la personnification⁷⁴⁴. Ainsi, dans une étude récente, N. BARUCHEL a ressuscité la nécessité d'un intérêt collectif qui apparaît tant à l'égard des groupements auxquels le législateur et la jurisprudence ont reconnu la personnalité morale qu'à l'égard des groupements auxquels la personnalité morale a été refusée⁷⁴⁵. Il est, dès lors, crucial de préciser qu'il ne s'agit pas d'entreprendre une

⁷⁴³ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale...* », op. cit., n° 158 et s, et n° 71 : « *les choix du législateur se seront opérés en fonction d'une politique juridique et non pas en application de la technique juridique. C'est pourquoi la nécessité d'une reconnaissance légale reste finalement neutre au regard du débat sur la nature de la personnalité morale* ». – Par exemple la loi dénie expressément la personnalité morale aux fonds commun de placement (article 7, alinéa 1^{er} de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979, article L. 214-20 du Code mon. fin.) et aux fonds commun des créances (article 34 de la loi du 23 décembre 1988, article L. 214-43, al. 3, du Code mon. fin.). Mais, une partie importante de la doctrine considère que rien ne s'y oppose, au moins d'un point de vue technique, à l'attribution de la personnalité morale à ces groupements qui sont dotés d'un véritable intérêt collectif distinct : sur cette question V. notamment, Th. BONNEAU, « *Les fonds commun de placement, les fonds commun de créances, et le droit civil* » : RTD civ., 1991, p. 1. – N. BARUCHEL, « *La personnalité morale...* », op. cit., n° 295 et s. – N. MATHEY, thèse, Paris, II, 2001, n°830, p. 407 et s.

⁷⁴⁴ L. BOY, « *L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit)* » thèse, Nice 1979, n° 101, p. 68.

⁷⁴⁵ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé Eléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT., spécialement, n° 510, p. 291 et s ; spécialement n° 664 et s : l'auteur redéfinit les contours de la personnalité morale et exclut l'utilité de la société unipersonnelle qui n'exprime aucun intérêt collectif justifiant sa personnification. – Sur la notion d'intérêt collectif, V. notamment, L.

étude sur la personnalité morale mais de retenir certaines prémisses qui seront utiles à notre sujet de recherche. Il importe de préciser également qu'il n'est pas question de passer en revue tous les groupements de droit privé mais de s'arrêter à quelques exemples significatifs. Dans ce cadre, il est possible de s'appuyer sur l'autorité de certaines importantes études relativement à la notion de personne morale⁷⁴⁶.

Ainsi, si la personnalité morale repose sur la nécessité d'un intérêt collectif, son absence serait donc un obstacle d'ordre technique empêchant l'attribution de la personnalité morale au groupement. Plus clairement, le groupement des personnes ne constitue pas, en tant que tel, l'essence de la personnalité morale. Il doit, en outre, exprimer l'existence d'un véritable intérêt collectif qui conditionne son aptitude à la personnification et son autonomie. Ce sont les propos de la théorie classique qui empêchent la reconnaissance de la société unipersonnelle en l'absence d'un intérêt collectif. Suivant cette voie, nous affirmerons la nécessité d'un intérêt collectif comme fondement de la réalité des personnes morales avant d'affirmer l'absence d'intérêt collectif dans la société unipersonnelle.

VIGNON, « *Le principe de la spécialité et les êtres collectifs* », thèse, Paris, 1903. – L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale...* », thèse, préc. 71, p. 167 et s. – G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961. – P. COULOMBEL, « *Le particularisme de la condition juridique des personnes morale en droit privé* », thèse, Nancy 1950, Imprimerie moderne, Préface P. DURAND, p. 33 et s. – B. OPPETIT, « *Les rapports des personnes morales et de leurs membres* », thèse, Paris, 1963, p. 55 : l'intérêt collectif est « celui qui concerne un groupe en tant que tel, et non pas un individu ou plusieurs individus isolés ». – A. DANA, « *L'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés* » : Rev. sociétés 1979, p. 715. – L. BORE, « *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires* », LGDJ., 1997, n° 3, p. 2 et s. – J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 195 et s., spécialement, n° 200 : selon cet auteur, la personnalité morale traduit l'existence d'un ordre collectif. – L. BOY, « *L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit)* » thèse, Nice 1979, n° 20 et 96 : pour cet auteur, la personnalité morale est une technique d'organisation des intérêts collectifs, mode d'expression d'intérêts collectifs autonomes. La personnalité morale permet à ces intérêts collectifs d'avoir accès à la vie juridique par appel à un nouvel être unique ; Ibid., n° 101 : l'existence d'intérêts collectif autonome passe par leur organisation. – J.-P. GRIDEL, « *La personne morale en droit français* » : RIDC., 2-1990, p. 495. – J. GHESTIN, « *Le mandat d'intérêt commun* », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à J. DERRUPÉ, GLN. Joly, Litec 1991, p. 105. – J. PATRIN, « *Le double face du régime juridique de l'indivision* », in Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX, Litec 1990, p. 331. – C. WATINE-DROUIN, « *Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis* » : RTD civ., 1988, p. 267.

⁷⁴⁶ Notamment : L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français* », LGDJ., 2^e éd., par L. TROTABAS, 1924. – N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé Eléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT. – N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, 2001. – E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », Economica, 1985, Préface G. CORNU. – V. SIMONART, « *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratique –Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et suisse* », Bruylant-Bruxelles, 1995, Préface P. VAN OMMESLAGHE. – G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT. – H. LE NABASQUE, « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit d'entreprise* », thèse, Rennes 1986. – J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS.

Section 1 : La nécessité d'un intérêt collectif distinct, fondement de la réalité des personnes morales

Section 2 : L'absence d'intérêt collectif transcendant celui de l'associé unique dans la société unipersonnelle

Section 1. La nécessité d'un intérêt collectif distinct, fondement de la réalité des personnes morales

205. Il est courant d'affirmer, conformément à la théorie de la réalité technique, que l'intérêt de la personne morale est distinct des intérêts individuels des membres du groupement. Selon P. DURAND, « *la notion de personnalité morale ne répond au réel qu'autant qu'elle révèle l'existence d'un intérêt collectif, distinct des intérêts individuels, propres aux membres du groupe* »⁷⁴⁷.

206. En revanche, la théorie de la réalité technique n'est pas à l'abri des critiques. On lui reproche notamment l'imprécision de la notion d'intérêt⁷⁴⁸. Parce qu'elle ne définit pas la notion d'intérêt, la théorie de la réalité technique ne permet pas de déterminer avec certitude les groupements auxquels la personnalité morale peut s'appliquer. Ainsi, si seule la notion d'intérêt peut jouer un rôle fondateur d'un nouveau sujet du droit, la controverse est vive quant aux caractères et à la nature juridique de cet intérêt.

En effet, la distinction des intérêts est la question la plus énigmatique du droit des personnes morale. Le critérium susceptible de distinguer l'intérêt collectif de la somme des intérêts individuels des membres demeure incertain. C'est pourquoi une divergence apparaît en doctrine concernant la nature juridique de cet intérêt collectif. Selon Th. HASSLER, « *on peut concevoir l'intérêt collectif de deux façons. Ou bien on admet qu'il transcende l'intérêt que les individus ont mis en commun jusqu'à composer un intérêt de nature différente. Ou bien on admet que l'intérêt collectif n'est mis en jeu qu'au travers des intérêts individuels ; la lésion de l'intérêt collectif suppose alors une atteinte portée à l'intérêt commun des membres du groupement* »⁷⁴⁹. Dans ce dernier cas, l'intérêt de la personne morale est un intérêt immanent, c'est-à-dire tout à la fois distinct des intérêts individuels et résultant de ces intérêts⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ P. DURAND, « *L'évolution de la condition juridique des personnes morales en droit privé* », In Études offertes à G. RIPERT, t. I, 1950, p. 157, n° 12. V. également. L. MICHOU, op. cit., n° 53. Selon L. MICHOU, la théorie de la réalité technique suppose l'existence d'un « *intérêt distinct des intérêts individuels ; mais aussi d'une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt* ».

⁷⁴⁸ G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 227, p. 217 et s. - N. BARUCHEL, « *La personnalité morale...* », op. cit., n° 495, p. 285 et s.

⁷⁴⁹ Th. HASSLER, « *L'intérêt commun* » : RTD com., 1984, p. 581.

⁷⁵⁰ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 534, p. 234 : « *lorsque l'on écrit que l'intérêt de la personne morale est celui de ses membres ou fondateurs, on exprime deux idées complémentaires. D'une part, l'intérêt de la personne*

Il convient de relever que cette controverse, relative à la nature juridique de l'intérêt de la personne morale, permet de dépasser la controverse classique entre réalité et fiction mais aussi de l'encadrer afin de donner une utilité juridique aux débats classiques qui s'apparentent parfois davantage à des débats philosophiques. Il importe de préciser, dès maintenant, que si l'étude de cette controverse est utile c'est parce qu'elle permet de saisir le fondement de la dissociation des intérêts et fournit un enseignement riche de conséquences quant à l'objet de notre étude, l'autonomie de l'intérêt de la société unipersonnelle.

Dès lors, nous envisageons l'immanence de l'intérêt de la personne morale avant de traiter la transcendance de l'intérêt de la personne morale.

§1. L'immanence de l'intérêt de la personne morale

207. Selon N. MATHEY, c'est la notion d'immanence qui semble *a priori* rendre compte avec le plus de justesse de la nature de l'intérêt de la personne morale⁷⁵¹. L'immanence constitue en quelque sorte une équivalence de la condition d'homogénéité⁷⁵². Toutefois, l'existence d'un intérêt collectif et immanent aux intérêts personnels des membres du groupe, n'est pas suffisante pour justifier la personnalité morale. Il faudrait, en outre, que la personne morale assure la protection d'un intérêt juridiquement distinct.

208. C'est à ce titre que la personnalité morale a été déniée, par deux arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation, à la section syndicale d'entreprise⁷⁵³. En effet, malgré l'importance des prérogatives reconnues à la section syndicale, celle-ci n'est qu'un groupement de fait dépourvu des attributs normalement reconnus aux personnes morale et qui paraît affecté d'une double dépendance à l'égard du syndicat : d'une part, la section syndicale ne dispose d'aucune autonomie politique et juridique par rapport au syndicat dont elle émane

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 ».

⁷⁵¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 359 et s. – V. également, J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 11, p. 12, spécialement n° 16, p. 18 : tout groupement est mû par une finalité indissociable des droits subjectifs de ses membres. C'est elle qui suscite la réunion en l'état de groupement qui pourtant emporte en toute hypothèse une atteinte variable, il est vrai, à l'intégrité du droit subjectif. – Th. HASSLER, « *L'intérêt commun* » : RTD com., 1984, p. 581 : « *l'intérêt commun n'est pas étranger aux intérêts des individus. Il est l'intérêt individuel, mais l'intérêt individuel commun à plusieurs personnes. Il est immanence et non transcendance...il existe certes, un intérêt social, mais celui-ci a pour fonction d'assurer l'enrichissement de chacun à travers l'enrichissement collectif* ».

⁷⁵² *Infra* n° 241 et s.

⁷⁵³ Cass. soc., 22 mars et 18 juillet 1979 : Dr. social 1980, 44, note J. SAVATIER ; Cons. État, 26 avril 1989 : D. 1990, somm., p.139, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.

et, dès lors, ne peut pas agir en justice ou contracter pour elle-même ; d'autre part, la section syndicale se caractérise par l'absence d'un organe propre d'expression⁷⁵⁴.

209. En effet, la notion d'intérêt collectif n'est pas d'appréhension immédiate : s'il est facile d'admettre qu'un groupement puisse être représentatif d'un intérêt, il est moins aisé d'en préciser la consistance et l'autonomie par rapport aux intérêts individuels⁷⁵⁵. Toutefois, il convient de rappeler, une fois encore, que la doctrine dominante considère que lorsque l'intérêt de la personne morale est immanent, celui-ci ne serait pas réduit à la somme des intérêts individuels des membres. De même, on admet généralement que, lorsque l'intérêt de la personne morale est immanent, la distinction des intérêts est intimement liée à son caractère collectif⁷⁵⁶. Dans ce domaine, E. GAILLARD, démontre que la distinction des intérêts repose sur l'idée de sélection d'un intérêt type qui serait commun à tous les membres du groupement⁷⁵⁷. Encore faut-il, cependant, tenir compte de l'incidence du nombre des membres et de l'addition des intérêts qu'il implique.

Dans cette optique, nous traiterons successivement de l'incidence, sur l'existence de l'intérêt collectif, d'une part, de la sélection d'un intérêt, d'autre part, de l'addition des intérêts.

A. La sélection d'un intérêt

⁷⁵⁴ La création d'une section syndicale n'obéit à aucune condition de forme particulière. Pendant longtemps, la jurisprudence a exigé la justification d'un certain nombre d'adhérents, mais cette solution est désormais abandonnée. Un arrêt du 27 mai 1997 en est même venu à considérer que la simple désignation d'un délégué syndical dans une entreprise établissait directement la présence d'une section syndicale. En fait, l'existence de la section syndicale commence véritablement à partir du moment où il est sollicité du chef d'entreprise l'attribution des moyens prévus par la loi. « *Lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans une entreprise qui emploie au moins cinquante salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation* » (Cass. Soc., 27 mai 1997 : JCP G 1997, II, 22899, note A. ARSEGUEL ; D. 1997, p. 417, note J.-M. VERDIER). Il est légitime de s'étonner « *qu'un seul homme puisse constituer un groupe d'individus* » : L'Avocat général Picca, Conclusions sous Cass. soc., 7 juillet 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, p. 552 et s. – En ce sens A. ARSEGUEL, sous Cass. soc., 27 mai 1997 : JCP G 1997, II, 22899. – V. également sur la question de la section syndicale d'une seule personne : COUTURIER (G.), « *Que reste-t-il de la section syndicale d'entreprise* », in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER, Dalloz, 2001, p. 25.

⁷⁵⁵ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale...* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 74.

⁷⁵⁶ Th. HASSLER, « *L'intérêt commun* » : RTD com., 1984, p. 587 : « *si l'intérêt commun n'existe qu'au travers des intérêts individuels, sa fonction est de tempérer les intérêts individuels au profit des intérêts des autres consorts* » ; Ibid., p. 593 : « *dans les sociétés, l'intérêt collectif, que l'on baptise intérêt social, est inséparable de l'intérêt des associés. Certes, l'intérêt collectif exprime l'intérêt de l'ensemble des associés, à savoir la recherche d'un gain collectif ; ce faisant, l'intérêt social ne se confond pas avec la somme des intérêts individuels des associés, car ce serait nier l'existence d'une finalité collective dans les sociétés. Mais en même temps, l'intérêt collectif n'est pas désincarné, étranger aux associés, la réalisation du but social concrétise, au travers de l'enrichissement de chacun, la satisfaction des intérêts individuels* ». Selon cet auteur, « *l'intérêt collectif revêt deux caractéristiques : collectif, il est distinct des intérêts égoïste, commun, il est au service des individus* ».

⁷⁵⁷ E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », Economica, 1985, Préface G. CORNU, n° 296, p. 196 et s. – V. également, N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 466, p. 203 et s.

210. Selon R. MORTIER, si la personne morale est une créature nécessairement dépendante de personnes physiques, elle n'est pas la chose de ses créateurs⁷⁵⁸. Le droit positif n'en dispose pas autrement, puisque la loi et, dans une moindre mesure, la jurisprudence condamnent ce que l'on dénomme les abus de la personnalité morale⁷⁵⁹.

211. Au vrai, la réalité de la personnalité morale est discutée s'agissant de certains groupements dans lesquels l'intérêt collectif paraît réduit à la somme des intérêts individuels de leurs membres. Tel est le cas par exemple de la masse des obligataires, du syndicat des copropriétaires ou du GIE. Cependant, la doctrine majoritaire considère que ces groupements disposent d'un intérêt collectif distinct qui est à la base de leur personnification⁷⁶⁰. Il n'est pas de notre propos d'étudier tous les groupements de droit privé mais de porter l'analyse sur la distinction des intérêts en droit des sociétés.

212. L'idée de sélection d'un intérêt type qui serait commun à tous les membres du groupement a été relevée par É. GAILLARD. Cette idée ne paraît pas être contestée par la doctrine. Ainsi, selon N. MATHEY, l'intérêt de la personne morale est un intérêt immanent et la distinction des intérêts repose, en réalité, sur l'existence et l'organisation d'un intérêt spécifique⁷⁶¹. De même, cet intérêt est l'intérêt des membres en leur qualité de membres, il est la raison pour laquelle différentes personnes se sont regroupées et il est déterminé et défini par l'organisation du groupement. Autrement dit, seul cet intérêt type et spécifique est pris en compte par l'organisation, à l'exclusion des autres intérêts égoïstes des membres. Par conséquent, il suffit qu'il y ait atteinte à l'intérêt d'un membre en sa qualité de membre pour qu'il y ait atteinte à l'intérêt de la personne morale. En revanche, il n'est pas nécessaire que tous les membres seront lésés par l'acte. Selon D. VEAUX, tout dépassement de l'intérêt collectif constitue un abus de la personnalité morale⁷⁶². C'est cet intérêt collectif qui constitue notamment le critère pour contrôler la conformité des décisions collectives des assemblées d'associés à l'intérêt de la personne morale⁷⁶³. L'intérêt de la personne morale impose donc une ligne de

⁷⁵⁸ R. MORTIER, « *L'instrumentalisation de la personne morale* », in *La personnalité morale*, travaux de l'association H. CAPITANT, journée nationales t. XII/la rochelle, éd., Dalloz 2010, p. 31 et s.

⁷⁵⁹ R. MORTIER, « *L'instrumentalisation de la personne morale* », in *La personnalité morale*, travaux de l'association H. CAPITANT, journée nationales t. XII/la rochelle, éd., Dalloz 2010, p. 31 et s.

⁷⁶⁰ Sur cette question V. N. BARUCHEL, « *La personnalité morale...* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 165 et s et n°s 606-612.

⁷⁶¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 312 et n° 626, p. 286.

⁷⁶² D. VEAUX, « *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales* », thèse, Rennes, 1947.

⁷⁶³ L. BOYER, « *L'intérêt collectif en droit privé français* », thèse Nice 1979. – V. également : N. LEVAL, « *Intérêt collectif, ordre collectif* », in *Les groupements et le droit : corporatisme néocorporatisme*, sous la direction de M. HECQUARD-THERON, CRIP/CEDH, PU de sciences sociales de Toulouse 1996, p. 155.

conduite conformément à un intérêt typique. Il s'agit nécessairement d'un intérêt collectif, c'est-à-dire commun à plusieurs personnes.

213. C'est précisément la présence d'une collectivité qui implique de sélectionner un intérêt commun parmi les intérêts individuels des membres. Plus précisément, dans une société pluripersonnelle, il y a une organisation d'une activité lucrative exercée en commun. L'enrichissement des associés est la finalité ou le but légal de l'exercice en commun de l'activité. L'organisation est construite autour de la protection de l'intérêt des associés en leur qualité d'associés qui ne s'associent que pour partager un bénéfice ou profiter d'une économie ou de la valorisation de leur titre dans les sociétés par actions. Dans ce sens, l'organisation de l'exercice en commun de l'activité ne doit pas être de nature à léser un associé en sa qualité d'associé. Il en est ainsi de l'interdiction des clauses léonines et des décisions concernant les droits propres de l'associé, tout particulièrement le droit aux bénéfices. C'est donc la liaison entre réalité collective et activité finalisée qui peut engendrer un intérêt spécifique du groupement. Autrement dit, si les mobiles ou les motifs qui incitent une personne à devenir associé peuvent varier d'une personne à une autre, la finalité légale qui intervient dans la détermination de la consistance de l'intérêt social suppose de choisir ou de sélectionner un intérêt type commun à tous les membres. Chaque fois qu'il y a atteinte à cette finalité type, il y aura atteinte à l'intérêt social.

214. Les conflits d'intérêts sont les révélateurs de l'existence d'un intérêt propre de la personne morale distinct de celui de ses membres. Selon P. MERLE et A. FAUCHON, les débats sur l'intérêt social n'ont lieu aujourd'hui dans les prétoires qu'au sein des sociétés⁷⁶⁴. De même, selon F. AUBERT, l'intérêt social est une notion clé qui présente la caractéristique de n'être pas définie, en droit des sociétés, autrement que par la description des atteintes qui lui sont portées⁷⁶⁵. Ces conflits, cependant, ne fondent pas la distinction des intérêts mais en sont simplement les révélateurs⁷⁶⁶. Les mécanismes de protection de l'intérêt de la personne morale

⁷⁶⁴ P. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial sociétés commerciales* » : Dalloz, 14^e éd. , 2010, n° 52-1, p. 83.

⁷⁶⁵ F. AUBERT, « *La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation* », Mélanges P. BÉZARD, *Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 287.

⁷⁶⁶ L. MICHOU, *op. cit.*, t. 1, 2^e éd., par L. TROTABAS, LGDJ., 1924, n° 74 A, p. 180 : Pour TROTABAS, « *c'est précisément parce qu'il est commun à tous les membres d'un groupe mouvant et indéterminé qu'il peut s'opposer et s'oppose souvent en fait à l'intérêt de chacun des membres de ce groupe, et qu'il ne sera sérieusement protégé que s'il est reconnu comme étant un droit pour le groupe lui-même* ». V. cependant, N. BARUCHEL, thèse, *op. cit.*, n° 74 : Selon N. BARUCHEL, « *une opposition entre l'intérêt collectif et certains intérêts des membres existe toujours au sein d'un groupement, quelle que soit sa finalité. Par conséquence l'idée d'opposition ne permet pas de distinguer avec certitude les groupements ayant vocation à la personnification* » ; *Ibid.*, n° 75 : Pour cet auteur, cette théorie ne paraît fournir un critère décisif permettant de discerner quels sont les groupements auxquels il y a lieu de reconnaître la personnalité juridique comme c'est le cas pour les personnes physiques. Selon N. BARUCHEL, faute de définir

apparaissent dans les situations de conflit entre associés sur la détermination de cet intérêt. Ces situations de conflit sont les révélateurs de la distinction de l'intérêt de la personne morale en ce qu'elles montrent que la personne morale ne pas réduit à l'intérêt d'une partie de ses membres ou à celui d'une seule personne. Selon N. MATHEY, « 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, tous en se montrant très proche par instants »⁷⁶⁷.

215. En ce sens, on sait que l'arrêt Piquard a décidé qu'il y a abus de majorité lorsque « la résolution litigieuse a 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 »⁷⁶⁸. Selon Ph. MERLE et A. FAUCHON, l'élément essentiel de l'abus de majorité est la rupture intentionnelle d'égalité entre actionnaires. Il s'ensuit que toute décision prise dans l'intention de nuire à la minorité est abusive⁷⁶⁹. Selon N. MATHEY, la rupture d'égalité, si elle n'est pas l'unique critère de l'abus de majorité, en est cependant l'élément la plus caractéristique. Au sein d'une société, il apparaît illégitime de vouloir pour soi un bien alors que l'on refuse que les autres membres en profitent également⁷⁷⁰. La jurisprudence, quant à elle, a affirmé que les deux conditions sont cumulatives et non alternatives⁷⁷¹. En tout état de cause, « la majorité ne saurait faire mauvaise usage de ses pouvoirs car elle violerait l'article 1833 du Code civil qui prévoit que la société est constituée dans un intérêt commun »⁷⁷². Plus clairement, si la décision prise à la majorité s'impose à tous, les sanctions de l'abus de majorité montrent que l'intérêt social n'est pas déterminé par la majorité ou réduit aux intérêts des membres de celle-ci⁷⁷³. Conséquemment, les juges sont invités à résoudre

l'intérêt collectif déterminant l'aptitude à la personnification, la théorie de la réalité technique n'aboutit pas à une identification certaine des personnes morales. Les limites et la faiblesse de la théorie de la réalité technique tiennent principalement à l'imprécision de la notion d'intérêt, V. également, G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, préface J. AMIEL-DONAT, n° 228, p. 217 et s.

⁷⁶⁷ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 312.

⁷⁶⁸ Cass. com., 18 avril 1961: D. 1961, p. 661; JCP G 1961, II, 12164, note D. BASTIAN; RTD com., 1961, p. 634, obs. R. HOUIN. – V. également, Cass. com., 30 novembre 2004 : Bull. joly 2005, n° 42, p. 241.

⁷⁶⁹ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 580, p. 720.

⁷⁷⁰ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 245, p. 90.

⁷⁷¹ Cass. com., 22 avril 1976 : Rev. sociétés 1976, p. 479, obs. D. SCHMIDT ; D. 1977, 4, note J.-J. BOUSQUET; M. GERMAIN, « *L'abus du droit de la majorité, à propos de l'arrêt du 22 avril 1976* » : Gaz. Pal. 1976, I, doctrine, p. 157.

⁷⁷² Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 1, *Droit commercial général des sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 543, p. 484.

⁷⁷³ L. BOY, « *L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit)* » thèse, Nice 1979, n° 86 et s : l'intérêt collectif incarné dans le groupement est distinct de la somme arithmétique des intérêts individuels ; Ibid., n° 87 : c'est à partir du moment où la vie du groupement est soumise à la loi de la majorité que l'on peut parler réellement d'intérêt collectif ; Ibid., n° 90 : le jeu du principe majoritaire suppose une organisation qui conduit à la création d'un ordre collectif au sein de l'ordre

ce conflit en se référant à l'intérêt type de la personne morale qui est l'intérêt des membres en leur qualité de membres.

216. Dans le même sens, la sanction de l'abus de minorité contient la même référence à l'intérêt social (ou une expression équivalente, intérêt de la société ou intérêt général de la société) et permet de révéler la distinction entre l'intérêt de la personne morale et les intérêts égoïstes des minoritaires. C'est donc l'intérêt de la société qui est protégé par la sanction de l'abus de minorité. L'abus de minorité se manifeste, en effet, lorsque la loi prévoit une majorité qualifiée pour la prise de certaines décisions dont le législateur reconnaît la gravité. Comme en matière d'abus de majorité, l'abus apparaît dès lors que les associés poursuivent un intérêt personnel extérieur à la société et incompatible avec leur qualité d'associés⁷⁷⁴ : vengeance, intérêt dans une autre société ou sortie avantageuse de la société. Ainsi, N. MATHEY, précise que « *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 groupement* »⁷⁷⁵.

217. De surcroît, comme la majorité l'unanimité n'exprime pas nécessairement l'intérêt de la personne morale. En effet, l'unanimité est parfois exigée pour l'adoption de décisions collectives qui présentent une certaine gravité. Toutefois, l'intérêt de la personne morale ne se réduit pas à la somme des intérêts individuels puisque même l'unanimité n'exprime pas nécessairement l'intérêt de la personne morale. C'est le cas notamment lorsque l'unanimité intervient pour couvrir une atteinte à l'intérêt collectif. Il est ainsi admis que l'unanimité ne pourra pas justifier un acte condamnable au regard de l'intérêt de la personne morale.

Plus particulièrement, en droit des sociétés, les tentatives des associés sont impuissantes à couvrir les agissements délictueux d'un dirigeant social. C'est le cas notamment lorsque l'unanimité intervient pour couvrir le délit d'abus des biens

général puisque la décision prise à la majorité s'imposera non seulement aux abstentionnistes, mais également aux absents et même aux opposants. C'est cet effet normatif qui a le plus souvent gêné la doctrine classique de droit privé, attachée à une analyse contractuelle du groupement ; Ibid., n° 94, p. 63 : la notion de personnalité morale, expression d'intérêts collectifs, est incompatible avec la société d'une seule personne ; Ibid., n° 96, p. 65 : les filiales à 100% ne concrétisent pas, en l'état actuel du droit positif, l'organisation d'intérêts collectifs autonomes ; Ibid., n° 95, p. 63 et s : pour les sociétés nationalisées, le problème est tout autre puisque l'unique actionnaire, l'État, représente lui-même l'intérêt général, c'est-à-dire un intérêt collectif. – J. RIVERO, « *Le régime juridique des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif* » : Archive de philosophie du droit, 1952, p. 151 : « *l'entreprise nationalisée est, sans doute, au service de l'intérêt général, mais elle est une entreprise et, comme telle, elle a des intérêts distincts à défendre, parfois contre l'État, lui-même* ».

⁷⁷⁴ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 271, p. 101.

⁷⁷⁵ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 468, p. 203 ; Ibid., n° 251, p. 92 : « *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* ».

sociaux commis par un dirigeant d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée.

218. En effet, le délit d'abus des biens sociaux protège l'intérêt de la société⁷⁷⁶. Les textes d'incrimination font référence, de manière expresse, à l'intérêt de la société. Ainsi, seront poursuivis pour abus des biens sociaux, les dirigeants qui de mauvaise foi, auront fait des biens ou du crédit de la société, des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement⁷⁷⁷. Selon S. SCHILLER, « *la contrariété à l'intérêt social figure parmi les éléments constitutifs du délit. La jurisprudence pénale est tenue de respecter le principe de la légalité des délits. Elle s'est livrée à un travail de définition important et a retenu une conception large d'intérêts à protéger* »⁷⁷⁸. La chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que « *la loi a pour but de protéger non seulement l'intérêt des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle* »⁷⁷⁹. Toutefois, ni les créanciers, ni les salariés ne peuvent exercer cette action. Les seules victimes directes de l'infraction sont la société et les associés⁷⁸⁰. Au demeurant, il paraît que la seule portée de cette jurisprudence est d'établir une distinction nette entre l'intérêt de la personne morale et l'intérêt de ses membres⁷⁸¹.

En toute hypothèse, si la jurisprudence admettait que les associés peuvent couvrir l'atteinte à l'intérêt social, il serait légitime d'en déduire que l'intérêt de la personne morale s'identifie aux intérêts individuels de ses membres. Dans ce cas, il n'y aurait aucune autonomie patrimoniale de la personne morale et l'intérêt de celle-ci serait réduit à la somme des intérêts individuels. Or, la jurisprudence considère au contraire que l'assentiment des associés ne peut pas couvrir les agissements délictueux d'un dirigeant social⁷⁸². Cette solution, cependant, ne signifie pas que

⁷⁷⁶ A. DEKEUWER, « *Les intérêts protégés en cas d'abus des biens sociaux* » : JCP E 1995, I, n° 500, p. 421. – H. LAUNAY, « *Les pouvoirs de l'assemblée générale en matière d'abus des biens ou de crédit de la société* » : Gaz. Pal. 1963, 1, doct. 79.

⁷⁷⁷ Art. L. 242-6-3° du Code de commerce.

⁷⁷⁸ S. SCHILLER, « *Les limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés* », LGDJ., 2002, n° 246, p. 123.

⁷⁷⁹ Cass. crim., 30 septembre 1991 : Bull. joly 1992, § 40, note D. BARADERIE ; Rév. sociétés 1992, p. 356, note B. BOULOC.

⁷⁸⁰ Cass. crim., 25 novembre 1975 : Bull. crim., n° 257.

⁷⁸¹ N. MATHEY, thèse, préc., n° 370 et 372.

⁷⁸² Cass. crim., 30 septembre 1991 : Bull. joly 1992, § 40, note D. BARADERIE ; Rev. sociétés, 1992, p. 356, note B. BOULOC. – Cass. crim., 26 mai 1994 : Bull. joly 1994, § 361. – Cass. crim. 12 décembre 1994, Bull. joly 1995, § 150, p. 247. – Cass. crim., 16 décembre 1975 : Bull. crim, n° 269 (en matière d'abus de confiance : décision non issue de l'unanimité dans une association). – V. cependant, Cass. crim. 13 décembre 2000 : Bull. joly 2001, § 126, p. 499, note J.-F. BARBIÈRI : dans cet arrêt la Haute juridiction déclare que « *la dépréciation des titres d'une société découlant des agissements délictueux de ses dirigeants constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subit par la société elle-même* ».

l'intérêt de la personne morale transcende l'intérêt des associés puisque le principe demeure que la sanction de l'abus des biens sociaux est établie dans leur intérêt et constitue une limite efficace aux pouvoirs des dirigeants qui doivent gérer la société dans l'intérêt social : tout associé est victime, en sa qualité d'associé, du délit d'abus des biens sociaux.

En définitive, si l'intérêt de la personne morale est distinct, c'est parce qu'il exprime un intérêt type et spécifique sélectionné parmi les intérêts individuels des membres du groupement. L'idée même de sélection d'intérêt implique l'existence d'une réalité collective et, par conséquence, de choisir un intérêt commun et identique à tous les membres du groupement. Cet intérêt est la raison pour laquelle des différentes personnes se sont groupées, il est à l'origine du groupement et fonde sa personnalité morale.

B. L'addition des intérêts

219. Selon N. MATHEY, « c'est la qualité de l'intérêt qui permet de voir en lui un intérêt propre de la personne morale ou un intérêt personnel aux membres. Le nombre des membres influe peu en définitive sur cette qualité »⁷⁸³. Cependant, pour J.-P. GASTAUD, la personnalité morale a une certaine influence sur les droits individuels et subjectifs de ses membres car la recherche d'utilités nouvelles implique qu'une plus grande place soit faite au collectif. Les mesures destinées à répondre aux exigences propres au groupement affectent, certes à des degrés variables selon les cas, mais nécessairement, les droits primitifs de ses membres. Par voie de conséquence, *le nombre est, en quelque sorte, une condition à la qualité*⁷⁸⁴. Suivant cette voie, la thèse de l'immanence de l'intérêt de la personne morale suppose l'existence d'une réalité collective qui serait la base de la personnification et le fondement même de la distinction des intérêts. Plus simplement, la nécessité d'un intérêt collectif apparaît tant à l'égard de l'utilité de la notion de personne morale qu'à l'égard de l'autonomie de l'intérêt de la personne morale⁷⁸⁵.

220. Concernant l'utilité de la personne morale, L. MICHOUUD est le premier qui a ramené la personnalité morale à une notion technique⁷⁸⁶. Pour lui, la personnalité morale se justifie par son utilité d'être une technique de regroupement de personnes. D'un point de vue technique, en présence d'une réalité collective, la personnalité morale est conçue comme une nécessité à la fois juridique et technique.

⁷⁸³ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 312.

⁷⁸⁴ J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 10, p. 10 et s.

⁷⁸⁵ V. en ce sens, N. BARUCHEL, op. cit., n° 542.

⁷⁸⁶ L. MICHOUUD, « *La théorie de la personnalité morale...* », t. 1, LGDJ., 2^e éd., 1924, n° 21, p. 47 : « *la vraie question n'est donc pas de savoir si l'idée de la personnalité morale est une abstraction (elle est certainement, mais pas plus que toute autre idée juridique), mais si cette abstraction répond mieux aux besoins de la technique juridique que celle qu'on propose de lui substituer* ».

Plus clairement, la personnalité morale permet de rendre plus efficace l'exercice d'une activité finalisée. C'est le cas notamment de l'association qui est nécessairement un groupement de personnes réunies pour la défense d'un intérêt collectif⁷⁸⁷. La défense d'un intérêt collectif est de l'essence même de l'association. « *Si celles-ci se constituent, c'est parce que l'union fait la force notamment en matière d'action en justice* »⁷⁸⁸. Les sociétaires défendent un intérêt commun et exercent en commun une activité qu'ils ne peuvent pas exercer efficacement de manière isolée. C'est le cas aussi pour la société anonyme, merveilleux instrument qui allait mettre en marche la machine du capitalisme moderne et qui était conçue à une époque où il devenait impossible pour les entreprises individuelles de réunir les capitaux importants que réclamait le développement industriel⁷⁸⁹. Seule l'accumulation des capitaux par un grand nombre de personnes pouvait permettre l'essor du capitalisme industriel de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle⁷⁹⁰.

De surcroît, si la personnalité morale permet de donner une possibilité d'expression juridique à un groupement de personnes, elle implique également de rattacher les droits et obligations qui naissent de l'exercice d'une activité exercée en commun à une seule personne morale au lieu de rattacher ces droits et obligations individuellement à chaque membre. La personne morale est un facteur d'unification d'un groupement de personnes autour d'un intérêt collectif, c'est-à-dire commun et identique pour tous ses membres⁷⁹¹.

221. Concernant l'autonomie de l'intérêt de la personne morale, la doctrine majoritaire met l'accent sur l'incidence de la pluralité de personnes et de l'organisation des pouvoirs au sein des personnes morale. Si, dans certains groupements, la personnalité morale aura pour effet de rendre plus efficace la défense des intérêts collectifs des membres, dans d'autres groupements, elle a pour effet de limiter la liberté des membres et de transformer leurs droits. Cela rappelle la distinction, faite par J.-P. GASTAUD, entre les personnes morales qui opèrent une

⁷⁸⁷ L'association est définie comme « *la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager de bénéfices* ».

⁷⁸⁸ L. BORÉ, « *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires* », LGDJ., 1997, n° 217, p. 208.

⁷⁸⁹ L.-Th. DE PINHO E ALMEIDA, « *La société unipersonnelle. Droit français et droit comparé* », thèse Nice 1972, p. 1.

⁷⁹⁰ L.-Th. DE PINHO E ALMEIDA, « *La société unipersonnelle. Droit français et droit comparé* », thèse Nice 1972, p. 1.

⁷⁹¹ V. N. BARUCHEL, « *La personnalité morale...* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 79 : la fonction technique de la personnalité morale repose sur deux postulats : d'un part, la personnalité juridique, des personnes morales, comme celle des personnes physiques, résulte de l'application d'un seul et même concept technique, la notion d'intérêt. D'autre, part, la fonction technique de la personnalité morale permet ainsi de rattacher autour d'un *centre d'intérêts* les droits et les obligations en rapport avec un groupement de personnes. – En ce sens, B. OPPETIT, « *Les rapports des personnes morales et de leurs membres* », thèse, Paris, 1963, p. 439 et s.

novation de droit et celles qui laissent subsister dans sa nature le droit initial et se bornent à l'aménager collectivement⁷⁹².

Dans cet ordre d'idée, le principe majoritaire n'est pas propre aux groupements personnifiés, mais il renseigne tout de même sur la structure des intérêts au sein des groupements personnifiés⁷⁹³. Selon le Doyen J. CARBONNIER, « l'appartenance à une personne morale se traduit toujours par une limitation de la liberté des individus. Le fonctionnement de la personne morale postule une autorité (loi de la majorité) et partant, un certain pouvoir de coercition sur les membres composants »⁷⁹⁴. De même, selon Y. GUYON, le principe majoritaire est la philosophie même du droit des sociétés. En entrant dans la société, l'actionnaire accepte de subordonner son intérêt individuel à l'intérêt social, dans les limites fixées par la loi et les statuts⁷⁹⁵. En revanche, « le pouvoir de décision, qui appartient à la majorité, lui est conféré non pas dans son intérêt personnel mais afin de réaliser l'objet social. On retrouve ici l'affectio societatis, ce régulateur suprême de la vie sociale, qui vient rappeler qu'il existe un intérêt de la société distinct de l'intérêt des associés majoritaires »⁷⁹⁶.

222. Plus précisément, au sein des personnes morales, droit subjectif et pouvoir coexistent. L'imbrication des pouvoirs et des droits subjectifs au sein des personnes morales donne en effet à ceux-ci une physionomie particulière⁷⁹⁷. L'étude de l'organisation des pouvoirs est nécessaire si l'on veut comprendre l'essence de la personnalité morale, même s'il est vrai que l'existence d'une organisation n'est pas propre à la personnalité morale⁷⁹⁸. Relever l'existence de pouvoirs au sein de la personne morale, c'est affirmer la nécessité d'une organisation pour en régler le jeu⁷⁹⁹. L'organisation des pouvoirs au sein des sociétés civiles et commerciales a toujours été un enjeu fondamental⁸⁰⁰.

Dans sa célèbre étude sur la notion de pouvoir en droit privé, E. GAILLARD, a distingué entre les droits subjectifs accordés à leurs titulaires dans leur intérêt propre et les pouvoirs attribués dans un intérêt déterminé, au moins partiellement distinct de celui de leur titulaire, ce qui justifie le contrôle judiciaire de leur

⁷⁹² J.-P. GASTAUD, « Personnalité morale et droit subjectif », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS.

⁷⁹³ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 240, p. 86. – L. BOY, « L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit) » thèse, Nice 1979, n° 21, p. 7 : c'est semble-t-il, l'instauration de la règle de la majorité à l'intérieur des groupements qui permet de reconnaître l'existence d'intérêts collectifs spécifiques ; Ibid., n° 116 : le domaine et l'intensité du principe de majorité varient en fonction du but poursuivi par le groupement et de son caractère plus ou moins ouvert.

⁷⁹⁴ J. CARBONNIER, « Droit civil », t. 1, Les personnes, PUF, 21^e éd., 2000, n° 225.

⁷⁹⁵ Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, Droit commercial général des sociétés, Economica, 12^e éd., 2003, n° 543, p. 484.

⁷⁹⁶ Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, Droit commercial général des sociétés, Economica, 12^e éd., 2003, n° 543, p. 484.

⁷⁹⁷ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, n° 617, p. 281.

⁷⁹⁸ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, n° 617, p. 281

⁷⁹⁹ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, n° 614, p. 280.

⁸⁰⁰ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, n° 618, p. 281.

exercice⁸⁰¹. Le pouvoir correspond, contrairement au droit subjectif *stricto sensu*, à l'exercice d'une prérogative dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. E. GAILLARD propose d'utiliser le terme d'agent juridique pour les titulaires de pouvoir. La spécificité de la fonction du titulaire du pouvoir tient à son aptitude à passer des actes juridiques susceptibles d'affecter la sphère juridique d'autrui⁸⁰². De même, selon Paul ROUBIER, « *les fonctions des êtres collectifs, et les pouvoirs que leurs organes sont amenés à exercer ne suppriment pas aucunement le droit de propriété, mais introduisent seulement des rapports juridiques supplémentaires dans l'organisation de la propriété ; à côté 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* »⁸⁰³.

Par conséquent, la création d'une personne morale nouvelle empêche que le droit des associés sur le patrimoine social soit conçu de manière identique à un droit de propriété⁸⁰⁴. Cela est contraire au principe de personnification et cette observation rappelle celle de J.-P. GASTAUD qui évoque le pouvoir modificateur de la personnalité morale⁸⁰⁵.

Pour J.-P. GASTAUD, la personnalité morale apparaît comme la plus élaborée des techniques collectives⁸⁰⁶. Il s'agit précisément d'un aménagement des droits individuels par le recours à des techniques collectives. Pour cet auteur, la profonde originalité de la technique de personnification procède de la dualité de ses fonctions qui pour être liées entre elles, n'en conservent pas moins une certaine indépendance. De point de vue externe, elle est un mode d'expression collective. D'un point de vue interne, elle apparaît davantage comme un procédé privé d'adaptation et donc de transformation des droits individuels. Il en résulte que la personnalité morale a un

⁸⁰¹ E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 328 ; spéc., n° 330 et 146 et s : le contrôle est de l'essence de la notion de pouvoir. Le contrôle de détournement de pouvoir (contrôle de l'adéquation des mobiles de l'agent au but qui lui est assigné) est incontestablement la pièce essentielle du contrôle judiciaire du pouvoir.

⁸⁰² E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 328, p. 219.

⁸⁰³ P. ROUBIER, « *Droits subjectifs et situations juridiques* », *Dalloz*, 1963, n° 22, p. 189.

⁸⁰⁴ V. P. COULOMBEL, « *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé* », thèse, Nancy, 1950, Imprimerie moderne, Préface P. DURAND, p. 23 : l'existence de la personnalité morale dans un groupement permet d'attribuer à ce sujet de droit la propriété des biens nécessaires au fonctionnement du groupement. Ces biens sont soustraits au pouvoir des membres et aux poursuites de leurs créanciers personnels. Ce sont les biens de la personne morale sujet des biens distincts des membres.

⁸⁰⁵ J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », *LGDJ.*, 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 195 et s, spécialement, n° 200 selon cet auteur, la personnalité morale traduit l'existence d'un ordre collectif qui implique de la part des membres, nécessairement une abdication d'une partie, si faible soit-elle, de plénitude de ses droits, achevé dans les cas de société et embryonnaire dans les cas d'association. Selon cet auteur, la création de la personnalité morale absorbe le droit individuel des membres ou plus clairement entraîne un transfère de droits par chaque membre au groupement mais à condition que tous les membres justifient d'un intérêt personnel à le faire.

⁸⁰⁶ J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », *LGDJ.*, 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 2, p. 2 et s.

pouvoir modificateur des droits individuels. Elle est un procédé juridique ayant pour objet de transformer et d'adapter les droits subjectifs à un milieu économique et social par nature fluctuant⁸⁰⁷. C'est ce second aspect, au moins aussi important que le premier, qui constitue en tout cas l'apport le plus original du droit positif à la théorie de la personnalité morale⁸⁰⁸.

223. La thèse de J.-P. GASTAUD, cependant, n'est pas totalement admise. N. MATHEY, lui a ainsi reproché d'introduire une théorie de variabilité de la personnalité morale : la personnalité morale serait variable selon son pouvoir de transformation du droit subjectif de ses membres⁸⁰⁹. De même, N.-F. RAAD, avait émis la même critique : la personnalité morale n'est plus qu'une notion invariable qui offre au groupement des biens et des personnes la capacité juridique. Pour cet auteur, « *c'est cette volonté de constitution qui se greffe sur les structures collectives à finalité juridique fixée par le législateur français, qui commande la volonté d'exercice. L'altération des droits subjectifs, au sein du groupement, pourrait être expliquée par l'affectation, mais celle-ci ne détermine pas nécessairement l'existence d'une personnalité morale, à moins que le type, où vient se cristalliser l'affectation ne postule légalement la personnification. En ce moment, l'affectation et la personnalité morale seront liées par l'acte juridique d'affectation* »⁸¹⁰. Toutefois, N.-F. RAAD affirme par ailleurs, à propos de la spécialisation des sociétés, que la volonté d'union dépend de la finalité légale de chaque type. La personnalité morale, par un certain mouvement inverse, se détache de ce dernier, au prix de l'avènement du critère de la réalité collective qui vient conditionner l'existence réelle des personnes morales de droit privé⁸¹¹. La réalité collective traduit nécessairement l'indivisibilité de la volonté de constitution et de la volonté d'exercice, dans les groupements personnalisés voulus⁸¹².

En effet, on peut considérer que la conception avancée par J.-P. GASTAUD, n'est pas une hypothèse de variabilité de la personnalité morale mais marque ce qui est nécessaire à la réalité de la personne morale. Tout d'abord, il est nécessaire que l'organisation soit construite autour de l'intérêt collectif des membres et impose, dès lors, des restrictions à leurs droits. La liberté des associés n'est pas entière mais, conformément à une conception institutionnelle de l'intérêt social, assujettie au

⁸⁰⁷ J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 12, p. 13.

⁸⁰⁸ J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 11, p. 10 et s.

⁸⁰⁹ N. MATHEY., thèse, op. cit., n° 715, p. 336.

⁸¹⁰ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 93, p. 91.

⁸¹¹ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 92, p. 89.

⁸¹² N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, p. 90.

respect du pacte social, des décisions des organes sociaux et des engagements souscrits vis-à-vis des tiers.

Ensuite, il est nécessaire de tenir compte de la spécificité de chaque personne morale. Précisément, dans les personnes morales fondées nécessairement sur l'existence d'un acte d'affectation patrimoniale, la personnalité morale engendre nécessairement une transformation de la nature juridique de leur prérogative sur les biens affectés. Les associés ne sont pas des copropriétaires du patrimoine social. Ils ne sont titulaire que de droit sociaux, pécuniaires (parts sociales ou actions) comportant des droits pécuniaires (droit aux bénéfices, au boni de liquidation) et extra-pécuniaires (droit de vote, droit à l'information) qui sont toujours de nature mobilière, même si la société ne possède que des immeubles (article 529 du Code civil). La théorie de J.-P. GASTAUD peut être révisée pour établir la variabilité de l'organisation et non celle de la personnalité morale. Ainsi, la liaison entre spécialité légale et réalité collective engendre une variabilité dans l'organisation et non dans la personnalité morale. En d'autres termes, la variabilité dans l'organisation dépend de sa conformité à l'intérêt collectif, qui est au fondement de la personnalité morale; et non de l'affaiblissement de la personnalité morale. Dans ces conditions, la nature de la décision collective doit tenir compte de l'intérêt collectif qui n'impose pas que la décision soit prise à la majorité.

En particulier, dans les sociétés à responsabilité limitée, l'évaluation des apports en nature procède d'une décision unanime et non d'une décision majoritaire. En effet, en cette matière, la grande difficulté concerne notamment la surévaluation des apports en nature au détriment des autres associés et des créanciers sociaux alors qu'en matière de distribution des bénéfices, la décision collective prend une forme majoritaire pour limiter les droits propres de l'associé dans l'intérêt de la personne morale. En tout état de cause, l'intérêt de la personne morale n'est pas déterminé par référence à l'intérêt d'une partie des associés au détriment d'une autre ou par référence à l'intérêt d'un seul. De même, l'intérêt de la personne morale ne peut être sacrifié par les membres à un intérêt extérieur à l'intérêt collectif.

224. En conclusion, si l'intérêt de la personne morale est conçu comme immanent, la distinction des intérêts ne peut être fondée que sur une liaison entre la réalité collective et l'activité finalisée. C'est cette liaison qui implique de sélectionner un intérêt déterminé par l'objet et la finalité de la personne morale. Quelle que soit l'activité exercée par la personne morale (activité lucrative ou non), l'organisation a pour objet d'imposer le respect d'une finalité typique (lucrative ou non) à la collectivité des membres et aux dirigeants.

Dans cette même optique, il est sans doute difficile de déterminer la consistance et le fondement de la distinction des intérêts. En tous cas, cette distinction demeure partielle et impose au minimum l'existence d'une réalité collective. Toutefois, une autre partie de la doctrine préfère placer la question de la

distinction d'intérêt sur un autre terrain pour justifier l'existence d'une distinction totale et stricte : c'est la théorie de la transcendance de l'intérêt de la personne morale.

§2. La transcendance de l'intérêt de la personne morale

225. L'intérêt transcendant de la personne morale peut être défini comme un intérêt supérieur de nature différente de celui des membres du groupe. L'intérêt de la personne morale est transcendant en ce qu'il s'impose aux autres intérêts par une force et une autorité qui les dépassent : il est extérieur et par nature supérieur⁸¹³. Selon cette conception, aucun membre ne peut prétendre que l'intérêt poursuivi est le sien. C'est à N. MATHEY que revient le mérite d'avoir clarifié le sens de cette conception et de lui avoir consacré des développements critiques⁸¹⁴.

226. La principale conséquence de la notion de transcendance est de permettre le principe d'une séparation stricte entre la personne morale et ses membres (lorsqu'il en existe)⁸¹⁵. Il y a une séparation certaine entre la personne morale et ses fondateurs et (ou) ses membres. Cette idée de séparation a un double sens : elle est aussi bien personnelle que patrimoniale⁸¹⁶. Plus clairement, la personne morale a une personnalité distincte de celles de ses membres ou 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. Cette affirmation se trouve tant en jurisprudence qu'en doctrine⁸¹⁷.

227. Le renforcement de l'idée de séparation est lié au développement de la théorie de la fiction⁸¹⁸. Le lien entre l'idée de transcendance et la théorie de la fiction légale, qui subordonne l'octroi de la personnalité morale au pouvoir législatif, est souvent évoqué par la doctrine. Si la loi attribue la personnalité morale, le législateur peut seul, la supprimer. La personnalité morale apparaît comme extérieure à ses

⁸¹³ N. MATHEY., thèse préc., n° 361, p. 153.

⁸¹⁴ N. MATHEY., thèse préc., n° 360 et s., p. 153-198.

⁸¹⁵ N. MATHEY, thèse, préc., n° 447, p. 194.

⁸¹⁶ N. MATHEY, thèse, préc., n° 448, p. 194. – V. également, P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », In Mélanges RIPERT, p. 138 et s. : « la théorie de la personnalité morale formulée au début du XX^e siècle reposait sur trois propositions étroitement liées les unes aux autres. Dans son individualité, la personnalité morale apparaissait comme un sujet de droit de même nature qu'une personne physique. Dans les rapports juridiques, elle était tutélaire de droits et d'obligations identiques à ceux des personnes physiques. Elle se présentait enfin comme un être nouveau entièrement distinct des personnes physiques qui l'avait constituée ».

⁸¹⁷ R. MARTIN, « Personne et sujet de droit » : RTD civ., 1981, p. 785, n° 21. – J.-M. BAHANS, « Théorie générale de l'acte juridique et droit économique », thèse, Bordeaux IV, 1998, n° 412. – A. COURET, « Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse de droit des sociétés » : Rev. sociétés 1984, p. 423. – J.-P. BEGUET, Ph. BARBIER, « 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 et s.

⁸¹⁸ N. MATHEY, thèse préc., n° 448, p. 195 et s.

membres. Cela explique que la théorie de l'intérêt transcendant a été défendue par les adeptes de la théorie de la fiction.

Toutefois, selon N. MATHEY, l'idée de transcendance n'est pas incompatible avec la théorie de la réalité. On trouve des références à la notion de transcendance aussi bien chez les défenseurs de la réalité des personnes morales⁸¹⁹. Le lien est certes moins évident mais l'idée de transcendance se trouve également affirmée à l'égard des personnes morales considérées habituellement comme des consécutions de la théorie de la réalité. Ainsi, l'idée de transcendance a été évoquée à propos de la masse des créanciers : le syndic pouvait agir en 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 l'aggravation du passif* »⁸²⁰. Cette position jurisprudentielle maintenue malgré la suppression de la masse⁸²¹, permet de reconnaître un préjudice propre, distinct de la somme des préjudices subis individuellement par les créanciers⁸²².

228. Il convient de rappeler, cependant, que la nature transcendante de l'intérêt de la personne morale n'est pas à l'abri des critiques. Pour N. MATHEY, « *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* »⁸²³.

Cette conception de la personnalité morale ne peut concevoir de lien entre les éléments constitutifs de l'organisation et le régime de l'institution personnifiée⁸²⁴. Selon cet auteur, « *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* »⁸²⁵. Dans cette optique, « *les auteurs ont dû admettre que, malgré la séparation stricte entre la personne morale et ses membres, il existait quelques tempéraments. Toute solution qui conduisait à faire surgir à nouveau les membres ou autres éléments constitutifs de l'organisation a été interprétée comme une exception à la personnalité morale. Le nombre des exceptions n'a cessé de croître au point que l'on peut s'interroger sur la valeur du principe* »⁸²⁶.

⁸¹⁹ N. MATHEY, thèse, préc., n° 431, p. 188.

⁸²⁰ Cass. com., 7 janvier 1976, Laroche : D. 1976, p. 277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, RTD com., 1976, p. 171, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.

⁸²¹ Cass. com., 16 novembre 1993 : D. 1994, p. 57, concl. R. DE GOUTTES.

⁸²² N. BARUCHEL, op. cit., n° 262, p. 152 : un intérêt collectif qui transcende les intérêts individuels des créanciers et qui efface les conflits d'intérêts entre ces derniers est à la fois la condition et la manifestation d'une personne morale.

⁸²³ N. MATHEY, thèse, préc., n° 361, p. 153.

⁸²⁴ N. MATHEY, thèse, préc., n° 450, p. 195 et s.

⁸²⁵ N. MATHEY, thèse, préc., n° 450, p. 195.

⁸²⁶ N. MATHEY, thèse, préc., n° 448, 195.

En effet, le recours à la notion de transcendance par la doctrine est né du souci de prouver la distinction entre l'intérêt de la personne morale et celui de ses membres. Il est légitime de penser que ces auteurs ont commis une erreur de méthodologie. Pour montrer la distinction des intérêts, ils sont allés très loin et ils voulu démontrer qu'il y a une différence de nature. Ils ont voulu trop prouver, et leurs efforts n'ont pas abouti.

Le principe de séparation stricte conduit la doctrine à soutenir la transparence de certaines personnes morales. La transparence est analysée comme un affaiblissement de la personnalité morale et a conduit à la pénétration de la théorie de la variabilité de la personne morale. Selon cette idée, « *les effets de la personnalité morale seront d'autant plus complets que l'intérêt du groupe se détache plus nettement des intérêts individuels de ses membres* »⁸²⁷. Cependant, l'admission d'exceptions au principe de la séparation stricte des intérêts a conduit à parler d'incohérence entre l'admission de la personnalité morale et la transparence de la personnalité morale. Une partie de la doctrine a proposé de remettre en cause la personnalité morale de la SNC et les sociétés civiles⁸²⁸ en raison de la responsabilité illimitée des membres.

229. En fin de compte, la transcendance de l'intérêt de la personne morale au regard des intérêts individuels ne rend pas compte des solutions du droit positif. En principe, les intérêts composant l'intérêt de la personne morale ne peuvent être des intérêts externes. Toutefois, cette affirmation n'est pas absolue. Dans certains cas exceptionnels, la transcendance de la personne morale est admise en droit positif. Selon N. MATHEY, « *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* »⁸²⁹.

⁸²⁷ P. DURAND, « *L'évolution de la condition juridique des personnes morales en droit privé* », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, t. 1, LGDJ, p. 158.

⁸²⁸ L. MICHOUUD a fondé la distinction d'intérêts sur la variabilité des membres du groupement. A ce titre, il a admis la personnalité morale de toute association à but idéal et parmi les sociétés, associations à but égoïste, celles qui ont un personnel variable comme les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions. Selon L. MICHOUUD, le but de ces sociétés est certes égoïste et consiste dans l'enrichissement pécuniaire de leurs membres mais la personnalité est indispensable en raison de la variabilité de leur membre. Au contraire, L. MICHOUUD refuse la personnalité morale aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple qui sont des simples sociétés placées sous un régime que l'on peut appeler régime de la main commune avec administration unifiée : L. MICHOUUD, *op. cit.*, t. 1, n° 74, p. 174.

⁸²⁹ N. MATHEY, thèse, préc., n° 416. V. également, N. MATHEY, thèse, préc., n° 365 : selon cet auteur, « *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 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* ».

230. L'intérêt transcendant se manifeste à l'occasion de l'étude de certaines personnes morale poursuivant un intérêt général⁸³⁰. « 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 pas nécessairement de nature politique. L'intérêt général peut être social, moral, voire économique »⁸³¹. Dans ces situations, la distinction des intérêts ne repose pas seulement sur la sélection d'un intérêt spécifique mais sur la satisfaction d'intérêts d'un groupement de personnes autres que les membres. En effet, « l'intérêt collectif revêt, dans cette hypothèse, une dimension supplémentaire : il apparaît non seulement au service de certains intérêts égoïste des membres, mais également au service d'intérêts plus généraux »⁸³². Plus clairement, « l'intérêt collectif n'est pas toujours réductible à une sélection d'intérêts égoïstes des membres. A ceux-ci s'ajoutent parfois, d'autres intérêts plus généraux, de sorte que l'intérêt collectif de la personne morale peut, pour partie, inclure des intérêts altruistes »⁸³³. Plus clairement encore, « la composante altruiste de la plupart des personnes morales à but non lucratif inclut non seulement l'intérêt de leurs membres, mais celui d'autres bénéficiaires »⁸³⁴.

231. Dans cette optique, « si l'intérêt d'une société se ramène essentiellement à l'intérêt patrimonial des associés, celui d'une association ne se réduit pas, en revanche, à la satisfaction de l'intérêt personnel des sociétaires »⁸³⁵. Actuellement, plusieurs catégories de personnes morales ont une activité d'intérêt général⁸³⁶. Il en est ainsi des associations à but idéal (associations de défense des consommateurs), des syndicats et des fondations qui poursuivent un intérêt collectif distinct des intérêts personnels des individus qui les composent⁸³⁷.

232. Au vrai, en application de l'article 2 du Code de procédure pénale, l'action civile des personnes morales est déclarée irrecevable dès lors qu'elles poursuivent un intérêt différent de celui de leurs membres. Selon l'article 2 du Code

⁸³⁰ En effet, la distinction de l'intérêt de la personne morale et intérêt général apparaît moins nette lorsqu'une personne morale de droit privé poursuit par nature une activité d'intérêt général.

⁸³¹ N. MATHEY, thèse, préc., n° 422, p. 185.

⁸³² N. BARUCHEL, op. cit., n° 544 et 545 : « les syndicats, les associations et les ordres professionnels sont en effet habilités à agir pour la défense, non seulement de leurs intérêts personnels, mais aussi de l'intérêt collectif qu'il représente ».

⁸³³ N. BARUCHEL, op. cit., n° 543 et s. – V. également, Ibid., n° 591, p. 328 : à la différence des personnes morales à but lucratif, l'intérêt collectif englobe l'intérêt des membres de la personne morale et l'intérêt d'autres destinataires. L'intérêt des destinataires peut même, au sein des groupements poursuivent un but entièrement altruiste, constituer à lui seul l'intérêt de la personne morale. Mais, dans la plupart des groupements à but non lucratif, les membres sont également les destinataires de l'action conduite par le groupement.

⁸³⁴ N. BARUCHEL, op. cit., n° 544, p. 308.

⁸³⁵ N. BARUCHEL, op. cit., n° 544, p. 308.

⁸³⁶ N. MATHEY, thèse, préc., n° 422, p. 185 : les association 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, village ou hameaux ». Elles peuvent également entreprendre toute amélioration d'intérêt collectif.

⁸³⁷ N. BARUCHEL, op. cit., n° 64, p. 38.

de procédure pénale, à défaut d'un préjudice personnel résultant directement de l'infraction, l'action civile est irrecevable. En principe, les associations n'ont aucun titre à agir dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'autrui et cela pour deux raisons⁸³⁸. D'une part, par application du principe « *nul ne plaide par procureur* », les associations ne peuvent d'agir que pour la défense de personnes qui leur ont donné mandat. D'autre part, la détermination des intéressés est au cœur du système français de défense des droits. Si les associations peuvent agir dans un intérêt autre que leur intérêt propre elles défendent des individus déterminés : leur membres⁸³⁹. En effet, 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 indéterminée⁸⁴⁰. Cependant, il existe de nombreuses habilitations prévues au Code de procédure pénale (articles 2-1 à 2-19) : l'article 2-2 habilite à agir les associations de lutte contre les violences sexuelles ; l'article 2-1, donne droit à agir des associations de lutte contre le racisme ; l'article 2-3 concerne les associations de défense de l'enfance martyrisée ; l'article 2-6 attribue le même privilège aux associations d'assistance aux personnes handicapées. De plus, l'article L. 252-1 du Code rural habilite les associations de défense de l'environnement. Dans ces exemples, la légitimité des associations provient alors de l'État qui habilite des catégories de personnes morales à agir dans un intérêt général.

233. De même, les syndicats peuvent agir dans l'intérêt de la profession qu'ils représentent dans la mesure où l'on considère que l'article L. 2132-3 du Code de travail (ancien article 411-11 C. trav.) est un texte législatif d'habilitation. Ce sont de véritables manifestations de la transcendance en droit positif de la personnalité morale⁸⁴¹. 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 membres⁸⁴². « *L'intérêt collectif de la profession transcende l'intérêt individuel de chacun de ses membres. Il est défendu par l'organisation syndicale, et elle seule ; il ne se confond, ni avec l'intérêt général (celui de la société en son entier que défend le Parquet), ni avec les intérêts individuels* »⁸⁴³. Selon M. MATHEY, « *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*

⁸³⁸ V. N. MATHEY, thèse, préc., n° 415, p. 181.

⁸³⁹ N. MATHEY, thèse, préc., n° 415, p. 181.

⁸⁴⁰ V. N. MATHEY, thèse, préc., n° 415, p. 181 : « *s'il fallait admettre la recevabilité des actions d'intérêt général, cela provoquerait une dépersonnalisation du contentieux. C'est ce qui recherche les associations qui poursuivent moins l'application du droit que sa modification. Le risque 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* ».

⁸⁴¹ N. MATHEY, thèse, préc., n° 416, p. 182.

⁸⁴² N. MATHEY, thèse, préc., n° 413, p. 179.

⁸⁴³ A. MAZEAUD, « *Droit du travail* », 6^{ème} éd. Montchrestien, 2008, n° 279, p. 198. – V. également S. YANNAKOUROU, « *l'État, l'autonomie collective et le travailleur, Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale* », LGDJ., 1995, n° 96.

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 »⁸⁴⁴.

234. Quant aux fondations, elles ont pour objet la réalisation d'une œuvre d'intérêt général⁸⁴⁵. « La fondation n'entraîne pas nécessairement la création d'une personne morale distincte. Elle peut s'accomplir sous forme d'un don ou legs adressé à personne préexistante, à charge de l'employer à perpétuité au but voulu les valeurs données ou léguées »⁸⁴⁶. Lorsque la fondation est dotée de la personnalité morale, sa compatibilité avec la théorie de la réalité technique est discutée. L'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 utilise donc le terme intérêt général et non intérêt collectif. Précisément, la fondation peut être fondée par une seule personne et, dès lors, la condition d'un intérêt collectif comme substrat de la personnalité morale ne paraît pas être remplie.

Pour la même raison, SAVIGNY avait été conduit à distinguer deux catégories de personnes morales⁸⁴⁷ : les corporations, dans lesquelles la personne juridique est constituée par la réunion d'un certain nombre d'individus ; et les fondations, dans lesquelles « la personne juridique n'a pas cette apparence visible, son existence est plus idéale et repose sur une fin générale qui lui est assignée ». Toutefois, cette distinction est réfutée par L. MICHOUUD qui considère que « la fondation comme la corporation, a pour substratum réel un groupement humain : pour elle, ce groupement est celui des destinataires, c'est-à-dire de ceux aux besoins desquels la fondation est destinée à pourvoir. C'est en eux que réside le premier et le principal caractère du droit subjectif, qui est l'intérêt protégé par le droit⁸⁴⁸. Selon L. MICHOUUD, « la différence entre la corporation et la fondation est donc la suivante : dans la corporation, l'élément intérêt et l'élément volonté se trouve réunis ; c'est le groupe même des intéressés qui forme l'organisation destinée à dégager la volonté collective du groupe ; dans la fondation au contraire, les deux éléments sont séparés ; ils sont reliés l'un à l'autre par une volonté extérieure au groupe lui-même, celle du fondateur...la volonté est ici transcendante et non immanente ; elle est donnée du dehors et non du dedans »⁸⁴⁹. Pourtant,

⁸⁴⁴ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, n° 413, 180.

⁸⁴⁵ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, n° 422, p. 185 : le problème pourrait se poser de la même manière si une association se donnait pour objet statuaire l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public.

⁸⁴⁶ L. MICHOUUD, op. cit., t. 1, p. 203.

⁸⁴⁷ L. MICHOUUD, op. cit., t. 1, n° 77, p. 204 et s.

⁸⁴⁸ L. MICHOUUD, op. cit., t. 1, n° 77, p. 207 : Quant au second élément, c'est-à-dire, la volonté nécessaire à l'exercice du droit, il ne réside plus ici dans le groupe des intéressés, mais dans l'organisme créé à l'effet d'administrer la fondation ; et cette volonté n'est pas absolument libre, elle est dirigée dans un sens déterminé par la volonté du fondateur.

⁸⁴⁹ L. MICHOUUD, op. cit., t. 1, n° 77, p. 207 ; V. également, Ibid, t. 2, n° 184, p. 36 et s : la théorie de la réalité fondée sur l'existence d'un intérêt collectif « s'applique aux fondations avec les modifications résultant de la différence de structure que présentent ces personnes. Ici le substratum est double. Il se compose

la thèse, consistant à dire que la fondation constitue un groupement de personnes, est contestée⁸⁵⁰. De même, il paraît paradoxal de considérer le fondateur comme extérieur à la fondation. C'est lui qui détermine l'activité et le but poursuivi ; 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'administration⁸⁵¹. Dans ce contexte, le fondateur est le véritable intéressé dans l'acte de fondation⁸⁵² mais la distinction des intérêts est liée à la nature transcendante de l'intérêt en ce sens que l'intérêt collectif de la fondation englobe également l'intérêt des bénéficiaires. « *La fondation est constituée en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et ne peut donc servir exclusivement les intérêts privés de la personne ou de la famille de celui qui l'institue* »⁸⁵³. En outre, le défaut d'intérêt général et le lien étroit avec les intérêts professionnels des donateurs constituent des motifs traditionnels du refus de reconnaissance d'utilité publique⁸⁵⁴. Enfin, le fondateur n'entend pas faire, uniquement, un acte de générosité ou un acte de bienfaisance individuelle. « *La fondation n'a la personnalité morale que parce que le fondateur a voulu affecter de manière perpétuelle à la réalisation de cette mission ou de ce but des moyens financiers ou matériels* »⁸⁵⁵.

235. Dès lors, la transcendance de l'intérêt de la personne morale demeure une situation exceptionnelle. Les textes portant habilitation à agir au-delà du cercle des membres de la personne morale restent exceptionnels, ne serait-ce qu'en raison de leur origine légale, et leur portée ne doit donc pas être exagérée. L'immanence, au contraire, est bien présente⁸⁵⁶. En toute hypothèse, il ne faudrait pas confondre l'intérêt général avec l'intérêt de la personne morale de droit privé⁸⁵⁷. « *Dans tous les*

d'une part, du groupe des intéressés, d'autre part, du groupe des administrateurs. L'administration, l'organisation de la volonté collective, au lieu de se trouver à l'intérieur du groupe intéressé, est donné du dehors dans des conditions fixées par le fondateur. Le groupe principal celui des destinataires, est donc ici doublé d'un second groupe, celui des administrateurs ; et, les uns comme les autres, doivent être considérés comme membre de la personne morale ».

⁸⁵⁰ *Infra* n° 301 et s, notamment n° 304 et n° 307 et s.

⁸⁵¹ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, n° 505, p. 221.

⁸⁵² N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, n° 505, p. 221. – V ; également, E. BREEN, jurisclasser administratif, fasc. 165, V° Fondations, 47 : un particulier peut être animé d'une pensée philanthropique mais aussi par vanité, utilise cette institution pour attacher son nom à une œuvre déterminée.

⁸⁵³ E. BREEN, jurisclasser administratif, fasc. 165, V° Fondations, n° 16.

⁸⁵⁴ E. BREEN, jurisclasser administratif, fasc. 165, V° Fondations, n° 70 ; V. également n° 11 : « *l'intérêt général requis de l'œuvre créée signifie que celle-ci peut avoir un intérêt philanthropique, éducatif, scientifique, social, familial ou culturel, sans que cette liste soit exhaustive, et qu'elle ne doit pas concerner les intérêts particuliers ou personnels des fondateurs* ».

⁸⁵⁵ M. DRAPIER, « *Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la " Fondation du patrimoine " , une institution à l'équilibre incertain* » : D. 1997, p. 212

⁸⁵⁶ N. MATHEY, thèse, préc., n° 416, p. 182.

⁸⁵⁷ Si l'intérêt collectif de l'association et de la fondation est conforme à l'intérêt général, il ne coïncide pas exactement avec celui-ci. L'intérêt collectif ne se dissout pas dans l'intérêt général, mais conserve une existence propre : les deux peuvent s'opposer, se concilier ou se cumuler : N. BARUCHEL, thèse, op. cit., n° 536. – V. également, N. MATHEY, thèse, préc., n° 421, p. 184 : l'intérêt

*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) »*⁸⁵⁸. Selon N. MATHEY, « *s'il est permis à des personnes morales de droit privé d'avoir une activité d'intérêt général, elles ne sont 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* »⁸⁵⁹. D'un point de vue substantiel, il est donc interdit de confondre l'intérêt de la personne morale et l'intérêt général. La distinction est nette qui interdit d'intégrer l'intérêt général dans une définition de l'intérêt de la personne morale⁸⁶⁰.

236. Conclusion de la section 1. Dans la théorie classique, seuls les groupements dotés d'un intérêt collectif peuvent bénéficier du statut de la personnalité morale. L'intérêt collectif est, en principe immanent aux intérêts des membres du groupement et la distinction des intérêts est fondée sur la sélection d'un intérêt spécifique ou typique. Cet intérêt type est déterminé par l'organisation du groupement, dont le respect s'impose aux membres et aux dirigeants de la personne morale. Tout dépassement de cet intérêt collectif constitue un abus de la personnalité morale. Cependant, dans certains cas exceptionnels, l'intérêt de la personne morale apparaît transcendant dans la mesure où l'intérêt de la personne morale inclut des intérêts autres que les intérêts des membres. Dans ce cas, la personne morale n'est pas constituée pour satisfaire uniquement l'intérêt de ses membres ; elle l'est aussi à des fins altruistes, ce qui satisfait l'intérêt d'autres destinataires. Dans tous les cas, la distinction des intérêts est intimement liée au caractère collectif de l'intérêt. Ainsi, si la théorie classique fondait l'aptitude à la personnification sur l'existence d'un intérêt collectif, c'est que l'existence de cet intérêt collectif lui paraissait le seul critère permettant la dissociation entre l'intérêt de la personne morale et celui de ses membres et (ou) de ses bénéficiaires.

Cela étant, on peut se demander s'il est possible de rétablir la cohésion de la personnalité morale de la société unipersonnelle autour d'un intérêt collectif à travers l'existence d'un intérêt transcendant dans l'entreprise et qui sera constitué par les

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'État et des collectivités publiques même si elle doit le respecter.

⁸⁵⁸ N. MATHEY, thèse, préc., n° 423, p. 185.

⁸⁵⁹ N. MATHEY, thèse, préc., n° 423, p. 185 : l'intérêt de la personne morale n'est pas déterminé uniquement par référence à l'objet, l'intérêt de la personne morale est un lien entre l'activité et la finalité ; V. également, n° 201, p. 68 et s : « *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 déterminés. Elles sont déclarées sans intérêts 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 palier ce défaut d'intérêt et de qualité* ».

⁸⁶⁰ N. MATHEY, thèse, préc., n° 424, p. 186.

intérêts catégoriels des différents participants à la vie de l'entreprise. Cela, cependant, suppose nécessairement de considérer que l'intérêt de la personne morale transcende celui de ses membres. Or cette démarche intellectuelle, qui ne paraît pas techniquement possible, n'est pas non plus celle du droit positif.

Section 2. L'absence d'un intérêt collectif transcendant celui de l'associé unique dans la société unipersonnelle

237. L'introduction de la société unipersonnelle, il est vrai, a été justifiée par des besoins pratiques en permettant de reconnaître un statut juridique à l'entreprise individuelle. Cependant, envisagée sous l'angle de la théorie classique, la société unipersonnelle souffre d'une acception théorique. Dans la théorie classique, en l'absence d'un intérêt collectif il y aurait un obstacle à la personnification⁸⁶¹. Plutôt même, en présence d'un seul intérêt, la personnification est inutile. On ne voit pas pourquoi il y aurait juridiquement et comment il y aurait techniquement une distinction entre l'intérêt d'un seul fondateur (ou l'intérêt d'un seul membre) et l'intérêt de la personne morale.

Toutefois, si la théorie classique considère que l'intérêt collectif n'est constitué que par l'intérêt des associés en tant qu'associés, la doctrine de l'entreprise essaye de donner sa propre définition à l'intérêt social en modifiant la consistance. Autrement dit, en identifiant l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise, on modifie la composition de l'intérêt social pour substituer à l'intérêt commun des associés l'intérêt commun de l'entreprise constitué par les intérêts catégoriels des différents participants à la vie de l'entreprise. Plus clairement, le droit des sociétés est caractérisé par une protection légale – institutionnelle – des intérêts catégoriels, ce qui conduit à l'instauration de certains équilibres. Le contenu idéologique de la théorie institutionnelle de l'entreprise repose, en effet, sur l'idée d'un intérêt propre de l'entreprise et c'est à travers cet équilibre institutionnel protecteur des intérêts concurrentiels qu'est conçue la dissociation entre l'intérêt de l'entreprise – l'intérêt social – et celui associés ou actionnaires. Suivant cette voie, la société, qu'elle soit pluripersonnelle ou unipersonnelle, consacre une reconnaissance d'un statut juridique de l'entreprise et, à ce titre, elle peut être dotée de la personnalité morale.

238. Cette approche, cependant, procède de la même logique que celle de la théorie classique. Dans les deux cas, si l'intérêt est distinct, c'est parce qu'il n'est pas réductible à l'intérêt d'un seul membre : il est collectif. Ainsi, le besoin d'intérêt

⁸⁶¹ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet instituant l'EURL* » : D. 1986, chron., p. 249 : « sur le plan théorique, si l'on comprend fort bien qu'il puisse y avoir personne morale lorsqu'il existe un intérêt collectif digne d'être juridiquement protégé, plusieurs personnes s'étant groupées pour défendre cet intérêt et s'étant groupées de façon suffisamment organisée pour que se dégage une volonté collective, on ne le comprend plus lorsqu'il s'agit de la défense de certains intérêts d'une personne physique. Comment admettre la scission des intérêts d'une personne physique, pire la scission de sa volonté ? ».

collectif en tant que critère de la personnification se fait sentir chez la doctrine de l'entreprise alors même qu'elle participe à la critique à cette notion. Cette approche, pourtant, n'est pas critiquable en elle-même puisqu'il n'est pas admissible juridiquement que les associés disposent des prérogatives que confère un droit de propriété, ce qui aurait pour conséquence de méconnaître l'autonomie d'intérêt de la personne morale. En effet, si la personne morale est seule propriétaire du patrimoine social, la dissociation des intérêts impose que la propriété soit encadrée et organisée.

239. En revanche, les orientations de la doctrine de l'entreprise supposent non seulement d'identifier l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise qui serait la base de la personnification mais également d'admettre que l'intérêt de la personne morale transcende l'intérêt de ses fondateurs et (ou) de ses membres. Néanmoins, les solutions du droit positif ne permettent pas d'aller dans ce sens, au moins en ce qui concerne l'intérêt de la société. Plus clairement, si cette conception s'est soldée par un échec, il convient de la relater et d'expliquer les raisons de son échec. Cela permettra non seulement de constater l'absence d'intérêt collectif dans la société unipersonnelle, mais aussi de fournir d'importantes précisions sur la validité de la société unipersonnelle et son incidence sur la notion de personne morale et inversement. Essentiellement, cela permettra de démontrer que les efforts de cette doctrine confirment, consciemment ou inconsciemment, la valeur technique de l'intérêt collectif comme fondement exclusif de l'existence d'une personne morale distincte et autonome.

240. Plus particulièrement, c'est É. GAILLARD qui a apporté la précision la plus importante sur le contenu de l'intérêt collectif. Celui-ci ne peut exister sans que soit réalisée une condition, dite d'homogénéité d'intérêts, laquelle est absente dans l'entreprise unipersonnelle. Nous envisageons tout d'abord la condition d'homogénéité d'intérêts avant d'affirmer son absence dans l'entreprise unipersonnelle.

§1. La condition d'homogénéité d'intérêts

241. Il n'est pas contestable que l'homogénéité d'intérêts est une condition préalable à la personnification (A) et que, corrélativement, son absence constitue un obstacle à la personnification (B).

A. L'homogénéité d'intérêts, condition préalable à la personnification

242. L'homogénéité d'intérêts mis en commun a été affirmée par É. GAILLARD comme une condition essentielle de la personnification des

groupements⁸⁶². Cette condition n'était pas étrangère à la pensée de L. MICHOU⁸⁶³, mais elle était particulièrement mise en avant par M. WALINE dans son célèbre traité élémentaire de droit administratif⁸⁶⁴ qui contient, selon É. GAILLARD, l'une des plus puissantes synthèses sur la théorie de personne morale. Marcel WALINE avait, en effet, insisté sur le lien qui doit exister entre ces intérêts et qui permet de les rattacher à un même sujet : un véritable intérêt collectif n'existe que lorsque les intérêts des membres du groupement leur sont à la fois communs et spéciaux⁸⁶⁵. Plus clairement, il ne peut exister ni juridiquement ni techniquement un intérêt collectif sauf s'il est l'émanation des intérêts homogènes des membres du groupement. Plus clairement encore, l'autonomie de cette entité et sa capacité d'agir sur la scène juridique en tant que sujet du droit proviennent du fait qu'elle exprime des intérêts de même nature. Par conséquent, l'unité du sujet du droit constitue à la fois l'expression d'un ensemble et d'une homogénéité⁸⁶⁶.

Il est donc inconcevable qu'un seul sujet du droit puisse représenter des intérêts divergents et catégoriels. Ainsi, É. GAILLARD précise 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 des membres, qu'il serait artificiel de fondre au sein d'un même personne morale* »⁸⁶⁷. Le critère de l'homogénéité réside alors dans la transposition de l'intérêt collectif en un intérêt type⁸⁶⁸.

243. En droit positif, cette condition apparaît dans tous les groupements auxquels la personnalité morale a été reconnue. En droit des sociétés, l'homogénéité d'intérêt est d'abord l'équivalent de la notion d'*affectio societatis* définie comme une volonté d'union et une convergence d'intérêts⁸⁶⁹. L'acte de société est également désigné comme un acte collectif caractérisé par la convergence des intérêts des

⁸⁶² E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 293, p. 193 et s ; E. GAILLARD désigne cette condition comme étant oubliée alors qu'elle n'en apparaît pas moins fondamentale.

⁸⁶³ L. MICHOU, op. cit., n° 71 : s'il n'en fait pas une condition distincte, il ne en manque pas de rappellera qu'en dernière analyse, l'intérêt du groupe se ramène à l'intérêt de ses membres. « *Eux seuls sont les êtres sensibles et vivants, capables d'éprouver la jouissance et la souffrance, et qui l'éprouveront plus ou moins à la suite de l'enrichissement ou l'appauvrissement de l'être morale...il peut y avoir des avis différents parmi les membres, mais jamais opposition d'intérêts* ».

⁸⁶⁴ M. WALINE, « *Traité élémentaire de droit administratif* », 6^e éd., 1950, pp. 169-189.

⁸⁶⁵ E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 293, p. 193.

⁸⁶⁶ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé Éléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, p. 332.

⁸⁶⁷ E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 297, p. 197 ; V. également, *Ibid.*, n° 294, p. 193.

⁸⁶⁸ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé Éléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 541 et n° 647 et s.

⁸⁶⁹ *Supra* n° 94 et s, spécialement, n° 97.

parties⁸⁷⁰. Cette condition d'homogénéité apparaît ensuite comme une application du principe d'égalité. Ainsi, par exemple, l'article L. 225-204 du Code de commerce 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 mythe⁸⁷¹.

En droit des sociétés, cette condition a cependant été contestée par certains auteurs⁸⁷². Cl. CHAMPAUD a distingué deux catégories d'actionnaires selon un critère psychologique : l'intention de participer à la vie sociale caractérise les actionnaires de contrôle alors que l'intention de placer des capitaux caractérise les actionnaires bailleurs de fonds. Cette conception a néanmoins été sévèrement critiquée et il est exact qu'elle n'autorise pas à caractériser l'existence de deux catégories d'actionnaires. D'abord, cette distinction qui est réaliste du point de vue psychologique, relève, de l'aveu même de son auteur, du fait et non du droit, précise N. MATHEY. Ensuite, cette distinction doit être rejetée pour deux autres raisons : « *d'une part, rien ne s'oppose à ce que les droits des actionnaires ne soit 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 des associés mais le plus souvent celles des dirigeants* »⁸⁷³. Dès lors, selon cet auteur, s'il y a divergence d'intérêts ce sera entre ceux des associés et ceux des organes et non pas entre les intérêts des membres. La poursuite du profit assure en toute hypothèse l'unité et la cohésion du groupement social⁸⁷⁴. De même, la condition d'homogénéité ne fait pas de doute dans l'association où les membres tirent de leur appartenance au groupement un avantage, matériel ou moral (défense collective des intérêts dans laquelle ils se reconnaissent), identique.

Cette condition, sans doute non expressément posée en jurisprudence, n'en constitue pas moins une condition fondamentale. Si l'arrêt du 28 janvier 1954, relatif au comité d'établissement de Saint-Chamond, ne fait aucune mention de cette troisième condition, c'est sans doute pour ne pas alourdir inutilement une formulation de principe qui se voulait percutante. D'ailleurs, l'avocat général LEMOINE lui a consacré un long développement dans les conclusions prises dans cette affaire et le fait que la jurisprudence n'a pas cru devoir reproduire, à l'occasion de cet espèce, la troisième condition posée par M. WALINE, n'est donc guère

⁸⁷⁰ Sur cette théorie, V. notamment G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ, 1961. - V. également, *Supra* 164 et 169.

⁸⁷¹ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris, 2001, n° 231.

⁸⁷² Cl. CHAMPAUD, « *Le pouvoir de concentration de la société par action* », Sirey 1962, Préface Y. LOUSSOUARN, n° 29 et s. - A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 117 et 151 et s.

⁸⁷³ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris, 2001, n° 233, p. 83 et s.

⁸⁷⁴ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris, 2001, n° 233, p. 84.

significatif⁸⁷⁵. En effet, le comité d'établissement est chargé par la loi d'un certain nombre de fonctions telles que l'amélioration des conditions collectives de travail, la gestion des œuvres sociales etc. Même si la détermination concrète des intérêts dont il a la charge est difficile et controversée, ceux-ci n'en sont pas moins homogènes puisque le comité d'établissement ne porte pas en lui-même des intérêts antagonistes⁸⁷⁶. La solution, selon É. GAILLARD, est encore évidente concernant les intérêts des créanciers du débiteur failli que la loi regroupait autrefois dans la masse des créanciers, personnifiée par l'arrêt du 17 janvier 1956⁸⁷⁷. Étant entendu qu'ils sont payés au marc le franc, tous les créanciers dans la masse ont, en tant que tels, un intérêt convergent à la liquidation du patrimoine du débiteur failli dans les meilleures conditions.

En toute hypothèse, il est nécessaire d'établir qu'il n'existe pas d'opposition d'intérêt. Dans ce cas, il y aurait un obstacle à la personnification⁸⁷⁸. L'affirmation du principe d'homogénéité constitue une limite à l'arbitraire du législateur qui ne peut pas reconnaître la personnalité morale à un groupement qui ne défend pas des intérêts homogènes. Cette constatation permet, tout de même, de rejeter la théorie de la fiction légale et d'affirmer le caractère technique de la théorie de la personnalité morale. La condition d'homogénéité constitue par conséquent la limite de la personnification⁸⁷⁹. Dans cet ordre d'idée, il convient de montrer que l'absence d'homogénéité constitue un obstacle à la personnification.

B. L'absence d'homogénéité, obstacle à la personnification

244. La nécessité d'intérêts homogènes comme condition de la personnification se manifeste dans le refus d'attribuer la personnalité morale aux groupements qui ne remplissent pas cette condition. Plus précisément, selon N. BARUCHEL, certains groupements de personnes franchissent, en raison de la réunion d'intérêts hétérogènes, les limites de la personnalité morale⁸⁸⁰. C'est le cas notamment du groupe de sociétés et de la famille. Ainsi, la domination de la société mère sur ses filiales constitue un obstacle à l'existence d'un intérêt collectif. La dépendance économique dans laquelle se trouvent les filiales ne leur permet pas de participer à l'élaboration de la politique du groupe à égalité avec la société

⁸⁷⁵ E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 294, p. 194.

⁸⁷⁶ E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 294, p. 194.

⁸⁷⁷ Cass. com., 17 janvier 1956 : D. 1956, p. 265, note R. HOUIN ; JCP G 1956, 9601, note R. GRANGER.

⁸⁷⁸ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris, 2001, n° 232, p. 83.

⁸⁷⁹ En ce sens, N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 541, p. 306.

⁸⁸⁰ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 648, p. 353 et s.

dominante⁸⁸¹. Selon N. BARUCHEL, la finalité du groupe serait davantage le traitement inégalitaire des intérêts dans le groupe. Il s'ensuit que les intérêts des sociétés d'un groupe ne présentent pas suffisamment de cohésion pour représenter un intérêt véritablement collectif et donc pouvoir bénéficier de l'armature de la personnalité morale⁸⁸².

245. Pour affirmer la résistance des intérêts catégoriels à la personnification, il est possible de s'appuyer sur la question de la personnification de la famille. Cette question, en effet, se pose assez naturellement en doctrine, dès lors que, d'une part, la famille constitue une collectivité organisée par les textes et que, d'autre part, la notion d'intérêt de la famille a pris une place importante dans le droit positif⁸⁸³. On a alors pu se demander si cet intérêt, qualifié parfois d'intérêt commun ou collectif, justifie une aptitude à la personnification.

246. Toutefois, la détermination des membres composant le groupement familial, a soulevé une certaine ambiguïté. On s'accorde pour exclure les ascendants et collatéraux des époux. Le mot famille concerne le mari et la femme puisqu'il concerne aussi bien les ménages sans enfants, mais il s'étend tout naturellement aux enfants issus du mariage ou adoptés par les époux. La notion d'intérêt de la famille, quant à elle, est apparue discrètement dans la jurisprudence. Cependant, introduite dans le Code civil par la loi du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux, la notion d'intérêt familial a été consacrée par le législateur dans de nombreuses dispositions. Elle figure non seulement dans l'article 1397, relatif au changement du régime matrimonial, mais encore dans les articles 217, 220-1 et 1429 du Code civil. Le législateur n'en donne aucune définition et on a même observé qu'il est difficile d'en proposer une qui soit valable dans toutes les hypothèses⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 651, p. 355.

⁸⁸² N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 651, p. 355.

⁸⁸³ Sur la notion d'intérêt de la famille, V. notamment : V. FRAISSINIER, « *L'intérêt de la famille : une notion «standard» à contenu variable* » : Petites affiches, 28 décembre 2007 n° 260, p. 4. – R. THÉRY, « *L'intérêt de la famille* » : JCP G 1972, I, 2485. – M. HENRY, « *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux* » : D. 1979, chron., p. 179. – M.-J. REYMOND DE GENTILE, « *Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimonial* » : JCP G 1973, I, 2558. – H. SOLUS, « *Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942* » : RTD civ., 1943, 81, n° 7. – E. POISSON, « *Le changement du régime matrimonial (article 1397 du Code civil)* » : RTD civ., 1969, p. 469, n° 67. – E. DE MONTREDON, « *Vingt-cinq ans de changement de régime matrimonial par requête conjointe* » : JCP G 1991, I, 3527. – M. GOBERT, « *Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux* » : JCP G 1969, I, 2281. – 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. – J. CARBONNIER, « *Flexible droit* », LGDJ., 1979, p. 164.

⁸⁸⁴ C. RIEUBERNET, « *Intérêt de la famille et changement du régime matrimonial (incident de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modifiant diverses dispositions du droit successoral)* » : Petites affiches, 9 juillet 2002, p. 4.

247. L'article 1397 du Code civil fait référence à l'intérêt de la famille pour permettre aux époux de changer de régime matrimonial après deux ans de fonctionnement de l'ancien régime. Ce changement était initialement soumis au contrôle et à l'autorisation du juge, chargé d'en contrôler la conformité à l'intérêt de la famille⁸⁸⁵. La conception selon laquelle l'intérêt de la famille suppose que le changement de régime ne lèse personne et correspond à l'intérêt de tous, c'est-à-dire des parents et enfants, est présentée comme étant restrictive. Cette conception, qui soutient l'existence d'un intérêt correspondant à celui de l'ensemble des membres de la famille, a pour conséquence de n'accorder le changement que très rarement. C'est pourquoi la jurisprudence préférerait recourir à une conception intentionnellement vague fondée sur la pesée des intérêts en présence. Il s'agissait de faire un bilan économique ou moral de la divergence des intérêts et de prendre en considération les circonstances familiales les plus diverses, pour favoriser celui qui paraît le plus digne de protection. Il est, en effet, difficile de se référer à un critère type comme fondant la conformité ou non à l'intérêt de la famille.

La loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, est venue assouplir ces conditions en supprimant le contrôle judiciaire préalable. Mais le texte de l'article 1397 du Code civil continue de subordonner la modification du régime matrimonial à « l'intérêt de la famille ». De manière évidente, « l'intérêt de la famille » est assimilé à celui de tous ses membres confondus lorsqu'il y a convergence d'intérêts⁸⁸⁶. La difficulté survient lorsque les intérêts de chacun des membres de la famille divergent ou s'opposent. Le juge se prononce alors au cas par cas, selon les circonstances de l'espèce, en prenant en considération les différents intérêts en présence et en établissant une pesée entre eux⁸⁸⁷.

Dans tous les cas, les difficultés apparaissent lorsque le changement envisagé ne garantit pas les droits des enfants⁸⁸⁸. C'est le cas notamment lorsqu'en présence d'enfants, les époux veulent adopter le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au profit du survivant. Le changement constitue alors un acte d'assistance et de prévoyance et il est considéré comme légitime. Selon un arrêt de principe « 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'une des membres de la famille risquerait de se

⁸⁸⁵ J. THIERRY, « Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement du régime matrimonial ? » : D. 2000, chron., n° 4, p. 68. – V. aussi : S. DIGARD, « Appréciation de l'intérêt de la famille par les juges du fond lors de l'homologation de changement de régimes matrimoniaux » : JCP N 1990, II, p. 213.

⁸⁸⁶ V. FRAISSINIER, « L'intérêt de la famille : une notion «standard» à contenu variable » : Petites affiches, 28 décembre 2007 n° 260, p. 4

⁸⁸⁷ V. FRAISSINIER, « L'intérêt de la famille : une notion «standard» à contenu variable » : Petites affiches, 28 décembre 2007 n° 260, p. 4.

⁸⁸⁸ V. FRAISSINIER, « L'intérêt de la famille : une notion «standard» à contenu variable » : Petites affiches, 28 décembre 2007 n° 260, p. 4 : Reste que la notion « d'intérêt de la famille » demeure au cœur du dispositif et légitime tout changement ou toute modification.

*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 du régime matrimonial »*⁸⁸⁹. Cette position a été affirmée tant par la Cour de cassation que par les juges du fond et n'a jamais été remise en cause⁸⁹⁰.

A l'égard des enfants communs, le changement conduit à retarder le partage jusqu'au dernier survivant afin de procéder à une liquidation unique et globale du patrimoine subsistant. « *D'une façon générale, en présence d'enfants communs, les tribunaux admettent que le souci d'assurer la situation du conjoint survivant est prioritaire par rapports aux intérêts éventuels des réservataires. Dans ce cas, l'intérêt de la famille est bien réduit à l'intérêt des époux »*⁸⁹¹. En fait, l'ensemble des décisions montrent que jamais l'opposition d'enfants communs n'a pu tenir en échec cette volonté des époux d'assurer la protection du conjoint survivant⁸⁹². La jurisprudence considère que l'intérêt des époux ou, plus précisément, le souci de protéger le conjoint survivant, représente une qualité familiale prioritaire.

248. L'impossibilité d'intégrer l'intérêt des enfants dans l'intérêt de la famille a permis à certains de soutenir que l'intérêt de la famille est réduit à l'intérêt des époux⁸⁹³. Toutefois, cette solution ne peut pas être admise⁸⁹⁴. En effet, si l'opposition d'intérêts est résolue en faveur des époux à l'égard de leurs enfants communs, à l'opposé, le conflit d'intérêts peut être résolu en faveur des enfants du premier lit ou

⁸⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1976 : D. 1976. jur., p. 253, note A. PONSARD; même note, Defrénois 1976, art. 31122, p. 787 ; JCP G 1976. II. 18461, obs. J. PATARIN; RTD civ., 1976, p. 537, obs. R. NERSON.

⁸⁹⁰ Paris 30 janvier 1991 : Defrénois 1991, art. 35018, p. 492, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1992, II, p. 204, obs. G. WIEDERKEHR.

⁸⁹¹ M. HENRY, obs. sous Cass. civ., 1^{re}, 17 juin 1986 : JCP G 1987, II, 20809.

⁸⁹² G. PLUYETTE, « *La pratique judiciaire* », In, *Le régime matrimonial à l'épreuve du temps et des séparations conjugales*, éd., Economica, 1986, p. 42.

⁸⁹³ M. HENRY, « *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux* » : D. 1979, chron., p. 179.

⁸⁹⁴ Avant, la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, c'est-à-dire dans le cadre d'une autorisation judiciaire préalable, le fait que les époux sont d'accord ne les dispense pas de justifier que le changement envisagé est conforme à l'intérêt de la famille. Malgré l'accord des époux, le changement du régime a été refusé (Par exemple en cas de changement permettant uniquement, et sans nécessité, l'enrichissement d'un époux : Rouen 3 février 1981 : Defrénois 1981, art. 32697, n° 74, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ., 1982, p. 389, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; D. 1982, IR. 236, obs. D. MARTIN). En effet, le changement du régime matrimonial avait un caractère subsidiaire. Le tribunal pouvait refuser le changement si le but poursuivi aurait pu être atteint par d'autre moyen. Il ne s'agissait pas de se substituer aux époux dans l'appréciation de l'intérêt de la famille, mais de chercher la possibilité d'éviter la lésion des intérêts de l'un des membres de la famille. Il s'agit de peser les intérêts en présence ou de faire un bilan économique et moral des divers intérêts en présence. Il s'agissait, pour se faire, de comparer entre l'avantage recherché et les sacrifices qui entraînent ce changement. En outre, s'il y a souvent une opposition d'intérêts entre les époux et leurs enfants, il est aussi entre les époux malgré leur entente apparente. L'intérêt d'un seul époux peut déterminer l'intérêt de la famille (Paris, 2^e ch. 18 novembre 1997 : Defrénois 1998, p. 1222 : « *le changement de régime matrimonial en faveur de la communauté universelle doit être refusé lorsqu'il emporterait des inconvénients majeurs pour l'un des époux, d'autant qu'il est possible d'atteindre, par d'autres moyens, les objectifs déclarés des conjoints* »).

d'enfants naturels⁸⁹⁵. Les droits des enfants du premier mariage étaient suffisamment protégés par l'action en réduction prévue par l'article 1527, alinéa 2, du Code civil. Ce texte prévoyait en effet, à l'origine, que, « *au cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1 (...) sera sans effet pour tout l'excédent* ». La loi du 3 décembre 2001 est venue apporter une protection aux enfants naturels en leur étendant l'action en retranchement jusque là réservée aux enfants d'un premier lit. L'article 1527, alinéa 2, du Code civil prévoit désormais que, « *au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1 (...) sera sans effet pour tout l'excédent* ». Cependant, « *rien n'empêche aujourd'hui de trancher en faveur du conjoint survivant et de considérer que l'adoption d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant, même en présence d'enfants naturels, est conforme à l'intérêt de la famille que requiert l'article 1397 du Code civil* »⁸⁹⁶. Selon V. FRAISSINIER, l'intérêt de la famille apparaît, enfin, comme une notion fluctuante, avec sa définition propre selon les circonstances⁸⁹⁷. Dans ces conditions, l'intérêt de la famille souffre sans doute de l'absence de critères correctement définis donc facilement contrôlables⁸⁹⁸. Certains ont même dénoncé le fait que « *les magistrats donnent à des problèmes identiques des solutions radicalement opposées* »⁸⁹⁹.

La conception retenue est une conception incertaine et ambiguë : peser les intérêts en présence pour apprécier celui de la famille. Selon A. PONSARD, « *l'intérêt*

⁸⁹⁵ En réalité, l'opposition d'un enfant d'un premier lit ou d'un enfant naturel peut s'expliquer par un malaise créé au sein de la famille. Les juges de fond pouvaient refuser ce changement, s'ils estimaient souverainement que ce changement était de nature à léser les droits de l'enfant naturel (J. THIERRY, « *Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement du régime matrimonial ?* » : D. 2000, Chron. p. 68. – G. YAMBA, « *La préservation des droits de l'enfant naturel en dépit de changement de régime matrimonial de son auteur* » : JCP N 1997, I, p. 1455. – Colmar, 8 octobre 1980 et 29 avril 1981 : D. 1982, p. 43, note D. D'AMBRA et A.-M. BOUCON ; Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1982 : Defrénois 1982, art. 32944, G. CHAMPENOIS. – Cass. civ., 1^{re}, 5 juillet 1989 : Defrénois 1989, 1143, obs. G. CHAMPENOIS). – V. également, E. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », Economica, 1985, Préface G. CORNU, n° 304, p. 204 : Selon E. GAILLARD, « *la référence législative à l'intérêt de la famille apparaît moins comme la consécration d'une conception globale de l'intégration des intérêts que comme une directive intentionnellement vague destinée à conférer au juge un large pouvoir d'appréciation de la légitimité des divers intérêts en cause. Le procédé est conforme à l'esprit qui anime tout le nouveau droit français de la famille* ».

⁸⁹⁶ V. FRAISSINIER, « *L'intérêt de la famille : une notion «standard» à contenu variable* » : Petites affiches, 28 décembre 2007 n° 260, p. 4.

⁸⁹⁷ V. FRAISSINIER, « *L'intérêt de la famille : une notion «standard» à contenu variable* » : Petites affiches, 28 décembre 2007 n° 260, p. 4.

⁸⁹⁸ M. HENRY, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1986 : JCP G 1987, II, 20809.

⁸⁹⁹ D. D'AMBRA et A.-M. BOUCON, note préc., le contrôle de la Cour de cassation est à la fois inefficace et inutile. Inefficace, puisqu'il y a des intérêts opposés, le juge doit opérer un choix. Mais en exigeant une appréciation d'ensemble dans l'examen des intérêts en présence, la Cour de cassation définit l'intérêt de la famille à partir d'un critère général qui laisse la réalité des pouvoirs d'apprécier et de peser les intérêts en présence au juge du fond. Il s'agit d'un examen global adapté aux différentes situations à chaque cas d'espèce. Inutile, les époux pourront modifier librement leur patrimoine sans entrave.

de la famille était en réalité l'intérêt de certains des membres de la famille, les époux et leurs enfants, et ces intérêts pouvaient ne pas être concordants »⁹⁰⁰. De même, selon R. THERY, « Il y a en jurisprudence et en doctrine unanimité pour admettre que l'intérêt de la famille ne concerne pas nécessairement tous ses membres : il peut être aussi l'avantage de quelques-uns, voire d'un seul. S'il est l'intérêt d'un seul, c'est un intérêt individuel »⁹⁰¹. Selon cet auteur, « l'intérêt de la famille ne coïncide pas nécessairement avec l'avantage de tous les membres de la famille : bien souvent il apparaîtra favorable à certains d'entre eux, voire d'un seul, et préjudiciable aux autres. Bien des conflits sont donc à prévoir entre des intérêts qui, pour être légitimes, n'en seront pas moins distincts, voire discordants »⁹⁰².

Il n'existe donc pas un intérêt de la famille qui correspond à l'intérêt de tous et se trouve absorbé par un intérêt propre du groupement familial, mais uniquement des intérêts familiaux divers. Le tribunal doit apprécier objectivement et équitablement ces divers intérêts en présence. En cas d'opposition, le tribunal doit choisir parmi ces intérêts familiaux l'intérêt familial qui lui paraît le plus digne de protection. L'existence et la légitimité d'un tel intérêt doit faire l'objet d'une appréciation d'ensemble. Autrement dit, les juges, dans leur appréciation souveraine, doivent prendre en compte tous les intérêts en présence, ceux des époux, mais aussi ceux des enfants. « L'intérêt de la famille n'est donc pas, malgré les apparences, l'intérêt collectif d'un groupe ; il peut être constitué par l'intérêt individuel d'un de ses membres, ce qui est topique de l'individualisme qui caractérise la famille d'aujourd'hui »⁹⁰³.

249. Cette observation conserve sa validité lorsque la référence à l'intérêt de la famille apparaît en situation de crise. Dans les autres textes où il est fait référence à l'intérêt de la famille, la loi ne prévoit, en réalité, que certaines dispositions pour résoudre une crise familiale. Dans certaines circonstances la crise familiale peut conduire à accroître les pouvoirs habituels d'un époux. Dans d'autres circonstances, la loi prévoit des mesures ayant pour objet de restreindre les pouvoirs d'un époux.

L'article 217 du Code civil prévoit qu'« un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille ». Le demandeur doit prouver non pas que l'autorisation serait justifiée par l'intérêt de la famille, mais que c'est le refus de son conjoint qui est injustifié. Il est possible de passer outre le refus de son conjoint qui ne serait pas justifié par l'intérêt de la famille. L'objet de l'article 217 est de permettre l'assouplissement de la cogestion. En l'absence de tout motif légitime, le refus sera

⁹⁰⁰ Note sous, Cass. civ., 1^{re}, 6 janvier 1976, préc.

⁹⁰¹ R. THERY, « L'intérêt de la famille » : JCP G 1972, I, 2485.

⁹⁰² R. THERY, « L'intérêt de la famille » : JCP G 1972, I, 2485.

⁹⁰³ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Les régimes matrimoniaux » : Defrénois 2004, n° 250, p. 107.

considéré comme contraire à l'intérêt de la famille⁹⁰⁴. L'intérêt de la famille a été invoqué pour la protection du logement de la famille⁹⁰⁵ ou d'un bien garantissant la sécurité pour l'avenir⁹⁰⁶.

Un jugement du TGI de Paris permet de poser une seule certitude en la matière : l'intention de nuire au conjoint n'est pas conforme à l'intérêt de la famille⁹⁰⁷. Un jugement du TGI de Grenoble⁹⁰⁸ démontre qu'il existe non seulement une distinction d'intérêt mais une opposition entre l'intérêt personnel et l'intérêt familial envisagé globalement. Il n'existe pas un intérêt de la famille représentant des intérêts semblables et aptes à se fondre dans un groupement homogène, mais différents intérêts familiaux qui peuvent s'opposer entre eux. En cas d'opposition des intérêts en présence, l'intérêt de la famille ne peut pas être réduit à l'intérêt d'un seul en tant qu'un intérêt individuel mais le juge doit peser les intérêts pour décider lequel d'entre eux présente une qualité familiale prioritaire et apparaît comme le plus digne de protection par rapport aux autres. L'intérêt d'un seul membre peut donc résumer en lui-même l'intérêt de la famille selon les circonstances familiales propres à chaque cas d'espèce. Dans ce sens, l'intérêt de la famille ne peut pas absorber tous les intérêts divergents au sein d'un intérêt collectif typique qui correspond en fin de compte à l'intérêt de tous⁹⁰⁹.

La famille n'est donc pas un groupement homogène même si elle est réduite à l'association conjugale⁹¹⁰. « *Le thème n'est pas exempt d'ambiguïté et l'on peut voir dans le refus de la personnification aussi bien la négation de la diversité d'intérêts, ce qui rend sans*

⁹⁰⁴ Paris, 18 février 1964 : JCP G 1964, II, 13598, note RD ; RTD civ., 1964, 760, obs. G. CORNU : la femme a été autorisée d'échanger un appartement pour échapper à un loyer très onéreux - TGI Seine, 22 février 1867 : D. 1967, 626 : la vente d'un immeuble objet d'une saisie immobilière a été considérée conforme à l'intérêt de la famille. - Cass. civ., 1^{re}, 23 juin 1993 : JCP N 1994, II, p. 225 : la vente du logement familial jugée conforme à l'intérêt de la famille pour entreprendre des travaux et payer des dettes relatives à l'immeuble. - Cass. civ., 31 janvier 1974 : JCP G 1974, IV, 92 : autorisation pour le mari de vendre un immeuble commun pour acquitter le passif de la communauté.

⁹⁰⁵ Paris 29 septembre 1972 : D. 1975, p. 540, note C.-I. FOULON-PIGANIOL ; JCP G 1974, II, 17620, note P. THÉRY. - Grenoble 8 juillet 1997 : JCP G 1998, I, 135, n° 3, obs. G. WIEDERKHER.

⁹⁰⁶ TGI Paris, 16 octobre 1981 : D. 1983, IR. 173, obs. D. MARTIN. - TGI Paris, 12 février 1982 : Defrénois 1983, 1, p. 1344, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ., 1984, p. 137, obs. J. PATARIN.

⁹⁰⁷ Paris, 29 septembre 1972 : D. 1975, 540, note C.-I. FOULON-PIGANIOL ; JCP G 1974, II, 17620, note P. THÉRY.

⁹⁰⁸ TGI Grenoble, 25 juillet 1989 : D. 1989, 536, note G. CHAMPENOIS.

⁹⁰⁹ Il paraît que les articles qui font référence à la notion d'intérêt de la famille doit être réécrits pour substituer au terme « *intérêt de la famille* », le terme « *un intérêt familial prioritaire* ».

⁹¹⁰ V. N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris, 2001, n° 235, p. 85. - L'article 220-1 du Code civil permet à un époux de faire prescrire par le juge des affaires familiales toutes les mesures urgentes que requièrent les intérêts de la famille si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril ces intérêts. Un époux peut poursuivre ses intérêts personnels et méconnaît gravement l'intérêt de la famille. - É. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, p. 199 - Travaux de l'association H. CAPITANT, 1950, t. 8, p. 293 et s : discussion du rapport de M. CARBONNIER.

objet la question de leur combinaison, que le souci de respecter leur spécificité »⁹¹¹. L'idée de synthèse d'intérêts qu'elle suggère n'est pourtant pas exclusive d'une appréhension directe des intérêts catégoriels de chacun de ses membres⁹¹². Si la famille est un groupement de personnes, elle ne dispose pas d'un intérêt collectif qui permet sa personnification⁹¹³.

250. En conclusion, la judiciarisation de l'intérêt n'est pas suffisante pour en déduire une distinction entre l'intérêt de la personne morale et celui de ses membres. C'est la mise en commun d'intérêts homogènes qui permet de tracer une frontière entre groupement de droit et groupement de faits⁹¹⁴. Cela étant, il convient de montrer l'absence d'homogénéité d'intérêts dans l'entreprise.

§2. L'absence d'homogénéité d'intérêt dans l'entreprise unipersonnelle

251. La recherche d'un intérêt collectif dans la société unipersonnelle à travers les intérêts des différents participants à l'entreprise demeure une démarche vaine. Il faut cependant, pour s'en convaincre, présenter cette conception (A) avant de montrer que le droit positif conduit à nier qu'existe, dans la société unipersonnelle, un intérêt collectif transcendant l'intérêt de l'associé unique (B).

A. La recherche d'un intérêt collectif fondement de la personnification de la société unipersonnelle

252. C'est via la notion d'entreprise que l'on peut rechercher l'existence d'un intérêt collectif dans la société unipersonnelle. Bien que le débat sur la notion d'entreprise soit connu de tous, voire ressassé, un bref rappel ne paraît pas inutile.

253. La notion d'entreprise est omniprésente dans la législation mais elle est tout d'abord une notion d'ordre économique⁹¹⁵. Concept à géométrie variable⁹¹⁶,

⁹¹¹ É. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 300, p. 200.

⁹¹² É. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », *Economica*, 1985, Préface G. CORNU, n° 295, p. 195 : Du moins, la précision du critère de l'homogénéité des intérêts, fait-elle ressortir que la personnification de la famille et de l'entreprise ne relèvent pas de la simple mise en commun d'intérêts semblables mais suppose une véritable synthèse d'intérêt distincts qui ne va pas de soi.

⁹¹³ J. PATARIN, « *Le groupement sans personnalité juridique en droit civil français* ». – C. CHAMPAUD, « *Les groupements et organisme sans personnalité juridique en droit commercial français* », Rapport à l'association H. CAPITANT, travaux. Ass. CAPITANT, t. XXI, 1969, 1974, p. 119.

⁹¹⁴ N. BARUCHEL, op. cit., n° 543.

⁹¹⁵ F.-C. JEANTET, « *Aspect du droit économique* », in *Dix ans de conférences d'agrégation*, Études de droit commercial offertes à J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1961, p. 33 et s. – F. DE KIRALY, « *Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système* », in *Recueil d'étude sur les sources du droit*, Études F. GENY, Paris, Sirey, 1935, p. 111 et s. – C. CHAMPAUD, « *Contribution à la définition du droit économique* » : D. 1967, chron., p. 215. – Pour une analyse plus complète : J. PAILLUSSEAU, « *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise* », thèse. Sirey, 1967 ; du même auteur : « *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit* », in *Colloque du 25^{ème} anniversaire de la F.N.D.E.* : JCP E, 1997, n° spec., p. 3 ; « *Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle* » : D. 2003, p. 260 et 322 et s. – G. FARJAR, « *Droit économique* », 2^{ème} éd. PUF., Coll.

l'entreprise brille par sa diversité⁹¹⁷. Selon J. PAILLUSSEAU⁹¹⁸, l'entreprise est une activité économique de production, de transformation, de distribution de biens ou de prestations de services industrielle, commerciale, financière ou libérale. L'entreprise serait donc une entité économique et sociale que l'on peut caractériser par la présence de certains éléments. Cependant, il demeure cette troublante impression qu'une analyse de cette notion n'est, en réalité, qu'un prétexte pour traiter un autre sujet⁹¹⁹. Il s'agit d'une notion insaisissable dont aucune définition satisfaisante n'a été donnée, ni en doctrine ni dans les textes. Les difficultés s'accroissent tout particulièrement lorsqu'il s'agit de déterminer l'intérêt de l'entreprise ou sa finalité⁹²⁰.

254. L'intérêt de l'entreprise est rarement l'objet, en lui-même, d'une étude approfondie⁹²¹. En revanche, des développements substantiels lui sont consacrés, à l'occasion d'analyses portant sur d'autres questions qui entretiendraient avec lui des liens étroits. On peut citer ainsi parmi ces questions celles de la nature juridique de l'entreprise, du pouvoir de l'employeur ou de la notion d'intérêt social. En outre, alors que le législateur fait référence à l'intérêt de la société lorsqu'il traite de l'abus des biens sociaux, la Cour de cassation emploie parfois les termes « *intérêt de l'entreprise* »⁹²². La jurisprudence sociale fait référence à la notion d'intérêt d'entreprise⁹²³ ou à des expressions voisines. La notion d'intérêt de l'entreprise est familière au juriste, même si les idées qu'elle évoque dans l'esprit de celui-ci se

Thémis, 1972. spec., p. 93. – I. DESBARATS, « *La notion d'unité économique et sociale en droit du travail* », in Mélanges DESPAX, presse de l'université de Toulouse, 2002, p. 75.

⁹¹⁶ G. FARJAT et autres, « *Une reconnaissance de l'entreprise en droit français* », RID éco., 1987, 3, p. 541.

⁹¹⁷ X. COSTEMALE, « *L'intérêt de l'entreprise et jurisprudence sociale* », mémoire de DEA, 2000-2001, p. 4.

⁹¹⁸ J. PAILLUSSEAU, « *Entreprise, sociétés, actionnaires, salariés, quels rapports ?* » : D. 1999, p. 157.

⁹¹⁹ Th. FAVARIO, « *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français* », thèse, Lyon 2004, n° 18, p. 9.

⁹²⁰ Sur cette question, V. notamment : M. DESPAX, « *L'entreprise et le droit* », LGDJ, 1957, Préface G. MARTY. Même auteur, « *L'évolution du droit de l'entreprise* » : in *Les orientations sociales du droit contemporain*, écrit en l'honneur du Professeur J. SAVATIER, PUF 1992, p. 177. – H. THIÉBAUL, « *L'employeur et le juge* » : Dr. social 1997, n° 2, p. 133. – Ph. WAQUET, « *Les libertés dans l'entreprise* » : RJS 2000, p. 335 ; même auteur, « *Le juge et l'entreprise* » : Dr. social 1996, p. 472. – M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « *La cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise* » : RJS 4/2000, p. 260. – M. VERICEL, « *Sur le pouvoir normateur de l'employeur* », Dr. social 1991, n° 2, p. 120. – Ph. DE CAIGNY, « *L'employeur seul juge du choix économique* », n° 2, p. 126. – J. PÉLISSIER, « *Réorganisation de l'entreprise et pouvoir du juge* » : D. 2001, n° 14, p. 1125 ; même auteur, « *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire* » : in Mélanges Jean VINCENT, Dalloz 1981, p. 273. – R. BERNARD-MENORET et V. FRAISSINIER-AMIOT, « *Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail* » : Petites affiches, 05 mars 2009 n° 46, p. 102. – G. COUTURIER, « *L'intérêt de l'entreprise* », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, écrit en l'honneur du Professeur J. SAVATIER, PUF 1992, p. 143. – Sur la thèse de la personnification de l'entreprise, V. notamment, É. GAILLARD, « *Le pouvoir en droit privé* », Economica, 1985, p. 172 et s. – Sur la séparation de l'entreprise et de l'entrepreneur, en matière du droit des procédures collective : A. BRUNET, « *De la distinction de l'homme et de l'entreprise* », In aspects actuels du droit commercial français, Études dédiées à R. ROBLOT, LGDJ., 1984, p. 471.

⁹²¹ Th. FAVARIO, « *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français* », thèse, Lyon 2004, n° 18, p. 9.

⁹²² CA Rouen, 13 mars 1997 : Bull. joly 1997, p. 1043, note J.-F. BARBIERI.

⁹²³ Cass. soc., 9 mai 1990 : Bull. civ., V, n° 210.

révèlent diverses et sans fil conducteur apparent⁹²⁴. « *Diversité des formes qu'elle revêt, diversité des idées qu'elle évoque. La notion d'intérêt de l'entreprise se présente donc comme une notion brumeuse. On croit la connaître tout en étant conscient de ne pas la cerner. Ce sentiment rend l'évocation de l'intérêt de l'entreprise irritant* »⁹²⁵. En filigrane, apparaissent des débats récurrents portant sur la répartition du pouvoir au sein de l'entreprise et la détermination d'un équilibre entre le capital et le travail.

255. En fin de compte, la notion d'entreprise reste incertaine sur le plan juridique⁹²⁶ et à peine croit-on saisir l'intérêt de l'entreprise que déjà il s'échappe⁹²⁷. Néanmoins, il convient de rappeler les deux thèses qui se partagent les faveurs de la doctrine.

256. Classiquement, l'entreprise a été occultée, et pendant longtemps, par la notion de propriété. L'entreprise s'organise ainsi autour de la combinaison de la propriété des moyens de production et de la liberté contractuelle. Plus clairement, les relations de travail au sein de l'entreprise et, plus généralement, son organisation sont fondées sur une combinaison du principe de liberté contractuelle issu du contrat du travail et du pouvoir arbitraire et discrétionnaire de l'entrepreneur issu de son droit de propriété. D'une part, l'entrepreneur est le propriétaire de l'entreprise, il est le seul juge et sa relation avec les salariés est une relation fondée sur le contrat de travail. Il en résulte que le réseau de contrats dans lequel se résout juridiquement l'entreprise n'a pas pour objet l'organisation d'une quelconque communauté, mais la fixation des rapports de ses propriétaires avec les autres opérateurs économiques, dont font partie les salariés⁹²⁸. D'autre part, le droit du travail ne se préoccupe que des rapports individuels de travail, le contrat de travail est à la fois source de la relation de travail et fondement du pouvoir de direction et d'organisation du chef de l'entreprise. Libre de toute référence sociologique, philosophique ou économique, l'entreprise confère au pouvoir de direction et d'organisation le fondement d'une prérogative subjective⁹²⁹. Le contrat de travail a pour critère la subordination juridique : il est celui qui « place le salarié sous l'autorité de l'employeur ».

Cette conception traditionnelle favorise, en droit des sociétés, l'aspect contractuel et marque la primauté du droit de propriété des apporteurs : la société

⁹²⁴ Th. FAVARIO, « *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français* », thèse, Lyon 2004, n° 3, p. 2.

⁹²⁵ Th. FAVARIO, « *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français* », thèse, Lyon 2004, n° 3, p. 2.

⁹²⁶ M. DESPAX, « *L'évolution du droit de l'entreprise* », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Écrit en l'honneur de J. SAVATIER, textes publiés par P. COUVROT, PUF., 1992, p. 177. – A. SOLAL, « *Les difficultés d'une construction juridique de l'entreprise : test de l'efficacité de nos procédés de connaissance juridique* » : *RTD com.*, 1971, p. 617. – J. PAGES, « *De l'irréductible et incontournable entreprise* », in *Prospectives du droit économique*, Mélanges M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 79.

⁹²⁷ Th. FAVARIO, « *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français* », thèse, Lyon 2004, p. 1.

⁹²⁸ M. TRUSKOLASKI, « *La légitimité du motif économique de licenciement (contribution à l'étude sur la cause justificative)* », Cergy-Pontoise, 2008, n° 191, p. 198.

⁹²⁹ H. LE NABASQUE, « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit de l'entreprise* », thèse, Rennes, 1986, n° 54, p. 68 et s.

n'est constituée que pour satisfaire les intérêts des associés qui ont seuls vocation à partager le bénéfice social. L'article 1833 du Code civil précise que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Il s'ensuit que, selon cette thèse contractuelle, l'intérêt de l'entreprise équivaut à l'intérêt des associés. Autrement dit, les notions d'intérêt de l'entreprise et d'intérêt social se confondent de telle sorte que la référence à la notion d'intérêt de l'entreprise ne présente pas d'intérêt sur le plan juridique. Ce sont les associés qui ont créé l'entreprise et la politique sociale ne peut être menée en perdant de vue cette légitimité⁹³⁰.

257. À l'opposé, dans la théorie institutionnelle, l'entreprise est définie comme la réunion du capital et du travail sous une même direction⁹³¹. Une telle approche traite également des associés et des salariés, même si leur statut respectif diffère sensiblement dans leur rapport avec l'entreprise⁹³². Cette théorie se présente comme une promesse annonçant le développement du droit à venir⁹³³. Selon cette théorie dite moderne, la protection des intérêts des salariés se réalise indépendamment des voies conventionnelles. Plus précisément, lorsque le contrat intervient au sein de l'ordre juridique entrepreneurial, sa validité ne dépend pas uniquement de sa conformité au droit étatique, mais aussi de sa conformité à l'intérêt de l'entreprise⁹³⁴.

L'intérêt de l'entreprise, pièce maîtresse de la théorie institutionnelle de l'entreprise, participe de cette promesse. D'une part, en facilitant l'intégration de la communauté des salariés dans l'entreprise par leur participation tant aux fruits qu'à la gestion, il véhicule un certain imaginaire en évoquant notamment un intérêt commun aux différents membres de l'entreprise⁹³⁵. D'autre part, il encadre les

⁹³⁰ X. COSTEMALE, « L'intérêt de l'entreprise et jurisprudence sociale », mémoire de DEA, 2000-2001, p. 21.

⁹³¹ Th. FAVARIO, « L'intérêt de l'entreprise en droit privé français », thèse, Lyon 2004, n° 776, p. 360.

⁹³² Th. FAVARIO, « L'intérêt de l'entreprise en droit privé français », thèse, Lyon 2004, n° 776, p. 360.

⁹³³ Th. FAVARIO, « L'intérêt de l'entreprise en droit privé français », thèse, Lyon 2004, n° 136, p. 62.

⁹³⁴ M. MEKKI, « L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé », LGDJ., 2004, n°219, p. 156.

⁹³⁵ A. SUPLOT, « Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise » : RTD com., 1985, p. 621 : selon A. SUPLOT, « dans une acception institutionnelle de l'entreprise, elle est une institution unissant autour d'un intérêt commun – l'intérêt de l'entreprise – le capital et le travail ». Cet auteur fait un rapprochement entre l'intérêt commun de l'entreprise et le bien commun de SAINT THOMAS D'AQUIN. Selon cet auteur, l'entreprise est un paradigme juridique c'est-à-dire qu'elle désigne « la situation de référence que constitue la relation entre d'une part, l'employeur, et d'autre part, une collectivité de travailleurs, sans définir la nature juridique de cette relation ». De même, d'après M. MEKKI (M. MEKKI, « L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé », LGDJ., 2004, n° 656 et s. spéc., n° 672 et s.), « l'intérêt commun de l'entreprise se présente comme le résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts opérés par l'ordre public (civil, sociétair, social et boursier) par référence aux valeurs sociales et entrepreneuriales dominantes. Cette hiérarchie est ensuite assouplie par l'intervention de la technique du bilan qui permet de rendre cette hiérarchie plus réaliste et pragmatique ». Pour M. MEKKI, l'entreprise véhicule des valeurs qui lui sont propre et que l'État ne peut, seul, réguler. Principalement, l'entreprise doit concilier la valeur travail et la valeur Capital. Cet auteur précise également que « l'ordre juridique entrepreneurial s'articule principalement autour de deux branches de droit : le droit de travail et le droit des

pouvoirs de l'employeur, ce dernier étant appelé à les exercer dans le seul intérêt de l'entreprise. Cette double acception de l'intérêt de l'entreprise – intérêt commun et intérêt supérieur – est sans nul doute l'une des théories les plus abouties du pouvoir. Selon la doctrine de l'entreprise, cette dernière dispose d'une organisation lui permettant d'exprimer et défendre un intérêt propre.

258. Suivant cette voie, deux conceptions de l'entreprise ont été soutenues pour démontrer l'existence d'une communauté d'intérêts.

259. Selon une conception large, l'entreprise constitue un groupement de personnes. Cette conception n'est pas exprimée aussi clairement en doctrine, mais discutée sous l'angle de la question des membres composant l'entreprise. La doctrine de l'entreprise considère, en effet, que l'entreprise regrouperait le chef d'entreprise, les salariés, les fournisseurs et plus généralement toutes les personnes intéressées à la pérennité de l'affaire⁹³⁶.

Certes, l'entrepreneur fait partie de l'entreprise en tant qu'élément nécessaire de l'institution⁹³⁷. En revanche, la place des salariés prête à discussion. La conception de l'entreprise retenue en droit du travail fait de l'existence des salariés une condition essentielle⁹³⁸. En effet, le droit de travail fait référence à la notion d'établissement distinct⁹³⁹ et non à celle de fonds de commerce. Dans cette perspective, l'entreprise n'est pas seulement un groupement de biens mais aussi un groupement humain et une communauté. Paul DURAND observait que c'est le droit

sociétés, au sein duquel peut être intégré le droit des procédures collectives » : Ibid., n° 675 et n° 212 et s. – V. également, G. RIPERT, « Aspect juridique du capitalisme moderne », op. cit., n° 126, p. 279 : « capital et travail doivent trouver dans l'entreprise une satisfaction, mais de nature différente, et si l'entreprise ne peut la fournir, elle n'est pas digne de vivre ». – G. FRIEDEL, « À propos de la notion d'entreprise », In les aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. ROBLOT, LGDJ., 1984, p. 97 : « il s'agissait d'incorporer dans un même organisme, ou plus précisément, de faire admettre dans une seule et même entité juridique ces deux groupes de personnes, apportant les uns, leurs capitaux, les autres leurs travail (voir pour les travailleurs, au capital, une distribution d'actions) ». – J. DERRUPE, « L'entreprise entre le patrimoine et la personne », in Mélanges DESPAX, op. cit., p. 49 : Au sens économique du terme l'entreprise peut être défini, d'une manière synthétique, comme « une cellule économique regroupant des facteurs humains et matériel organisés en vue de la production et de l'échange des biens et de services ». – Pour une étude d'ensemble sur le refus de rapprocher les règles de droit et les lois économiques : C. ATIAS, « La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face » : RRJ, 1987-2, p. 477.

⁹³⁶ M. DESPAX, thèse préc., n° 272 et s. – V. cependant N. MATHEY, op. cit., n° 221, p. 77 et s : selon cet auteur, « la détermination des membres de l'entreprise est incertaine. Leur existence même est discutable. Cela ne serait un obstacle à sa personnification, qui resterait envisageable en tant que personne morale sans membre, mais exclurait que l'on puisse y voir un groupement ».

⁹³⁷ N. MATHEY, these, op. cit., n° 223, p. 78.

⁹³⁸ J. RIVERO et J. SAVATIER, « Droit du travail », PUF, 1993, Coll., Thémis, p. 165. – B. TEYSSIE, « L'entreprise en droit du travail », Archive de philosophie du droit, 1997, p. 355.

⁹³⁹ F. GAUDU, « La fraternité dans l'entreprise » : Dr. social 1990, 134. – J. SAVATIER, « Reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct au regard du droit du comité d'entreprise » : D. Social 1992, 39 ; Ibid, « La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel » : Dr. social 1991, 40. – B. DESJARDINS, « La notion d'établissement distinct en droit du travail » : RJS 4/93, p. 215.

du travail qui permet l'analyse la plus complète de l'entreprise en raison de l'importance qu'il accorde au personnel⁹⁴⁰. N. MATHEY a rappelé brillamment les critiques décisives adressées à cette doctrine : « *ce n'est pas la conception du droit commercial qui la définit par son activité : l'activité marchande et n'exige pas la présence des 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 salariés ne peut donc être appréhendée par cette matière* »⁹⁴¹. Ainsi, il semble que, si l'on veut retenir une définition unitaire et non seulement fonctionnelle de l'entreprise, il soit impossible d'inclure les salariés parmi les membres de celle-ci. Plus précisément, inclure les salariés dans les membres de l'entreprise est une solution surprenante et difficilement applicable dans la mesure où la détermination de l'intérêt de l'entreprise implique le plus souvent une prise en compte de l'intérêt des salariés⁹⁴². Selon cet auteur, l'entreprise apparaît comme une institution unipersonnelle : le seul membre nécessaire est l'entrepreneur⁹⁴³. L'entreprise, cependant, n'est pas nécessairement unipersonnelle, car il peut exister des entrepreneurs qui exploitent en commun une entreprise. L'entreprise n'est pas toujours détachée de l'entrepreneur⁹⁴⁴. De même, selon N. MATHEY, L'EURL est en définitive une espèce de société. Si les membres d'une société sont des associés, l'associé unique d'une EURL est donc le membre unique de l'entreprise⁹⁴⁵.

260. Dans ce contexte, l'hypothèse selon laquelle l'entreprise ou la société unipersonnelle constitue un groupement de personnes ne résiste pas à l'analyse

⁹⁴⁰ Paul DURAND, « Introduction à un rapport sur la notion juridique de l'entreprise » présenté aux journées de l'association Henri Capitant de 1947, Dalloz ; P. DURAND, « La notion juridique de l'entreprise », In Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. III, Dalloz 1948, p. 49. – J. HILAIRE, « Une histoire du concept d'entreprise », Archive de philosophie du droit 1997, 341. – J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise », Sirey, 1967, p. 82 et s. – En sens contraire, G. RIPERT, « Aspect juridique du capitalisme moderne », LGDJ, 1951, n° 136.

⁹⁴¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 221 et s, p. 77 et s ; V. aussi n° 273 et s ; n° 351 et s ; et n° 364 et s. – V. également P. DIDIER, « Droit commercial », t. I, introduction, l'entreprise individuelle, PUF, 2^e éd., 1997, p. 109 et s. – En droit communautaire de la concurrence adopte une définition voisine. C'est la recherche de profit qui paraît être le critère déterminant, V. notamment, C. BOLZE, « La notion d'entreprise en droit communautaire » : RJ com., 1987, n° spec., n° 65 : l'entreprise repose sur la poursuite durable d'un but économique et l'organisation unitaire de moyens rattachés à une personne juridique autonome. – En matière de transfère d'entreprise, le but lucratif passe au second plan, c'est la notion d'activité et d'organisation qui semble être retenue : CJCE, 11 septembre 1997, Suzen : Dr. ouvrier 1997, p. 353.

⁹⁴² N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 223, p. 78. – J. BARTHELEMY, « Turbulences entre droit des sociétés et droit du travail », JCP G 1987, I, 3311 : l'auteur adopte une conception fonctionnelle de l'entreprise.

⁹⁴³ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 221, p. 77 et s et n° 223, p. 78.

⁹⁴⁴ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 223, p. 78.

⁹⁴⁵ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 221, p. 77 et s et n° 223, p. 78. – V. également, P. LE CANNU et B. DONDERO, « Droit des sociétés », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 269, p. 174 : « l'idée de communauté ne se retrouve pas toujours, tant s'en faut, dans l'entreprise, qui est souvent individuelle, ou dans la société qui peut être unipersonnelle ».

juridique et se trouve définitivement écartée par le droit positif⁹⁴⁶. La doctrine de l'entreprise glisse alors vers une conception voyant dans l'entreprise une entité autonome et un centre d'intérêts. Autrement dit, l'entreprise est le point de convergence de différents intérêts catégoriels⁹⁴⁷. De même, que la société soit unipersonnelle ou pluripersonnelle, l'intérêt social exprime l'intérêt de l'entreprise qui n'inclut pas uniquement l'intérêt des détenteurs des capitaux, mais transcende leurs intérêts pour garantir la protection des divers intérêts liés à la vie et au fonctionnement de l'entreprise.

Plus clairement, cette conception n'admet pas que la société soit constituée dans l'intérêt et au seul profit des associés. Au contraire, la personnalité morale de la société est considérée comme l'entité assurant la fusion des divers intérêts catégoriels que sont ceux des associés, des créanciers, des salariés et des dirigeants. Dans cette optique, les majoritaires et les dirigeants doivent agir conformément à l'intérêt supérieur de l'organisme économique que représente l'entreprise. De même, les créanciers et les salariés peuvent mettre en œuvre les modes de protection de l'intérêt social afin de protéger leurs intérêts.

261. Ainsi, selon J. PAILLUSSEAU, l'institution de l'EURL et de l'EARL montre également que l'entreprise, qu'elle soit industrielle, commerciale, agricole ou libérale, constitue bien l'objet principal du droit des sociétés⁹⁴⁸. L'entreprise constituant, qu'elle soit unipersonnelle ou pluripersonnelle, l'objet principal de la société, celle-ci ne peut être organisée sans tenir compte de celle-là. L'entreprise est donc l'une des composantes de l'aspect institutionnel de la société. Le fondement de la dissociation des personnes réside dans l'équilibre institutionnel des intérêts catégoriels⁹⁴⁹.

Dans cette optique, si l'entreprise constitue l'objet de l'organisation sociétaire, l'intérêt social n'est pas immanent mais transcendant au regard de l'intérêt des associés. Ou bien l'intérêt de l'entreprise est le résultat d'un bilan, ou bien il est

⁹⁴⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, « Droit des sociétés », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 269, p. 174 : « les associés ne forment pas non plus avec les salariés une communauté, puisque seuls les premiers peuvent désigner et démettre ceux à qui les seconds doivent obéir, et que les intérêts des uns et des autres s'opposent dans la répartition des richesses produites par la société, les associés sont dotés à cet égard d'un pouvoir dominant ». Selon ces auteurs, la théorie institutionnelle est critiquée et un premier ordre de critique consiste à dire que cette théorie, « qui s'est surtout développé en droit du travail, relève plus de l'idologie que de la technique juridique : en considérant que l'institution fait du groupement humain une communauté, certains auteurs ont été accusés de prendre leur désir pour des réalités. Si, de surcroît, comme Paul DURAND, l'on s'appuie sur la nécessité d'une autorité unique pour dégager la volonté de l'institution, on aboutit à justifier sans guerre de limitation, le pouvoir de l'employeur dans l'entreprise-institution. Ce passage d'une théorie communautaire à la justification du mythe du chef paraît surprenant au premier degré ; n'est-il pas, malheureusement, vérifié par nombre d'expériences historiques (parfois calamiteuses) dans les sociétés politique ? ».

⁹⁴⁷ J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » : D. 1999, p. 157.

⁹⁴⁸ J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » : D. 1999, p. 157.

⁹⁴⁹ J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle » : JCP G 1986, I, 3242.

transcendant aux intérêts individuels⁹⁵⁰. Selon J. PAILLUSSEAU, « *la protection juridique des intérêts catégoriels peut suivre deux voies : soit celle de l'attribution de droits spécifiques aux titulaires d'une certaines catégories d'intérêts, soit celle de l'incorporation de cette protection dans l'organisation juridique de l'entreprise. Très souvent, les deux voies sont suivies de manières complémentaires. En suivant cette approche, le législateur a d'une part, pris tout un ensemble de mesure particulières pour protéger les droits collectifs des salariés ; il a aussi d'autre part, assuré leur protection, au moins partiellement, en reconnaissant à la société – organisation juridique de l'entreprise – un intérêt propre –l'intérêt social –, indépendant de celui des actionnaires, qui tend à rejoindre l'intérêt de l'entreprise* »⁹⁵¹.

Cette conception, selon laquelle l'intérêt social est distinct puisqu'il est supérieur et transcendant l'intérêt des associés, a été exprimée clairement par le rapport VIÉNOT : « *l'intérêt social peut se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même. C'est-à-dire de l'entreprise comme agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinct notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* »⁹⁵².

En fin de compte, selon le contenu idéologique de la théorie institutionnelle, l'entreprise est représentée comme « *un centre d'intérêt autonome, une entité dotée de fins propres* » ; elle justifie une protection spécifique destinée à assurer son intégrité et sa pérennité ; ses dirigeants sont investis de pouvoirs qui doivent être exercés dans l'intérêt de l'entreprise⁹⁵³.

262. Dans ce contexte, il convient de préciser que, dans la théorie institutionnelle, l'analyse des pouvoirs du chef d'entreprise occupe une place centrale. Il s'ensuit que, tout naturellement, la réflexion sur l'entreprise est traditionnellement liée à une réflexion sur le chef d'entreprise et les pouvoirs qu'il convient de lui reconnaître⁹⁵⁴.

Dans la présentation classique qu'en a donnée Paul DURAND, la théorie institutionnelle de l'entreprise était centrée sur les pouvoirs reconnus au chef d'entreprise : « *celle-ci est organisée au moyen d'un certain nombre de pouvoirs : un pouvoir législatif, manifesté par un règlement intérieur, un pouvoir exécutif, que traduit le droit de direction du chef d'entreprise, un pouvoir disciplinaire, qui permet de réprimer les manquements aux lois internes de l'institution* »⁹⁵⁵. Toutefois, il importe de dire que

⁹⁵⁰ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 443.

⁹⁵¹ J. PAILLUSSEAU, « *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?* » : D. 1999, p. 157.

⁹⁵² Rapport conjoint du groupe du travail du CNPF et de l'AFEP, publié en 1995, op. cit., par J. PAILLUSSEAU, « *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?* » : D. 1999, p. 157.

⁹⁵³ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 6, p. 23.

⁹⁵⁴ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, p. 21.

⁹⁵⁵ P. DURAND, « *La notion juridique de l'entreprise* », Travaux de l'association H. CAPITANT, t. 3, 1947, p. 56.

l'organisation de l'entreprise en droit du travail réagit nécessairement sur le pouvoir du chef de l'entreprise. Sous cet aspect, la doctrine a tenté de prêter au pouvoir patronal une nature institutionnelle qui ne serait pas l'exercice d'un droit subjectif, fondé sur le contrat et la propriété, mais un droit fonction soumis à une finalité qui est le respect de l'intérêt de l'entreprise⁹⁵⁶. Les actes du chef d'entreprise envers les salariés ne reposent pas sur une prérogative subjective, mais devraient reposer sur des éléments objectifs. Plus clairement, certains aspects significatifs des relations entre salariés et employeurs sont irréductibles au modèle contractuel⁹⁵⁷. Il s'agit de pouvoirs au sens le plus exact du terme, c'est-à-dire, de prérogatives reconnues à leur titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. Ici c'est l'intérêt de l'entreprise qui est distinct, au moins partiellement, de celui de l'entrepreneur.

En d'autres termes, si l'organisation de l'entreprise repose sur des pouvoirs dévolus au chef d'entreprise dans l'intérêt de celle-ci, elle comporte aussi des prérogatives reconnues aux salariés qui ont cessé d'en être les sujets pour en devenir les citoyens⁹⁵⁸. Plus clairement, si l'intérêt de l'entreprise apparaît comme transcendant l'intérêt des salariés et justifie certaines sanctions⁹⁵⁹, il s'impose aussi au chef de l'entreprise qui ne doit pas exercer ses pouvoirs disciplinaires et ses pouvoirs de direction et d'organisation au-delà de ce qui est justifié par l'intérêt de l'entreprise. Les pouvoirs concédés au chef de l'entreprise, ses droits ou ses prérogatives sont insérés dans des limites étroites ; ils ne sont pas "une prérogative égoïste" exercée dans son seul intérêt mais bien un pouvoir fonctionnel, un pouvoir commandé dans l'intérêt de l'entreprise.

263. Dans cette perspective, A. LÉGAL et J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE tentent d'appliquer la théorie de l'institution à l'entreprise, pour en tirer les conséquences en matière de pouvoir disciplinaire, l'objet de leurs études⁹⁶⁰. Pour eux, l'entreprise est gouvernée par une idée d'œuvre à réaliser : la production de richesse. Cette idée d'œuvre à réaliser représente un intérêt collectif qui retentit sur la perception du pouvoir de l'entrepreneur : celui-ci doit exercer ses pouvoirs en

⁹⁵⁶ H. LE NABASQUE, « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit de l'entreprise* », thèse, Rennes, 1986, n° 56 et s. p. 71 : L'intérêt de l'entreprise permettant d'assurer un contrôle minimum du pouvoir patronal qui le rapproche indiscutablement des droits- fonctions.

⁹⁵⁷ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 7, p. 25.

⁹⁵⁸ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 6, p. 22.

⁹⁵⁹ N. MATHEY, op. cit., n° 273, p. 102 : Si l'on admettait ce qui est exclu en réalité, que les salariés sont des membres de l'entreprise, il peut être utile de distinguer l'intérêt d'une fraction du personnel de celui de l'entreprise. Cela pourrait être un argument en faveur de la personnalité morale de l'entreprise.

⁹⁶⁰ A. LÉGAL et J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, « *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées* », Sirey, 1938. - V. également, J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, « *Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise* » : Dr. social 1960, p. 633.

fonction du bien commun de l'institution qui est nécessairement supérieur à ses intérêts particuliers et à ceux des salariés. A. LÉGAL et J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE s'appuient sur une jurisprudence abondante pour considérer que l'entrepreneur est un organe de l'entreprise et qu'il est tenu d'agir conformément à l'intérêt de celle-ci.

264. On peut ainsi relever que le principal mérite de la notion qui voit dans l'intérêt social la traduction de l'intérêt de l'entreprise est de placer le débat moins sur le terrain de la nature de la société que sur celui de ses finalités⁹⁶¹. Sur la foi de ce mouvement, le pouvoir disciplinaire ou le pouvoir de direction et d'organisation sont rapprochés des droits fonction qui apparaissent comme des prérogatives finalisées.

265. Par voie de conséquence, l'exercice de tels pouvoirs fait l'objet d'un contrôle spécifique, le contrôle du détournement de pouvoir⁹⁶². En effet, un pouvoir non contrôlé ne peut pas prétendre à une quelconque finalité⁹⁶³. La théorie institutionnelle de l'entreprise se situe sans conteste dans le sillage de la conception finaliste des droits⁹⁶⁴. La question est donc de savoir s'il est possible de distinguer l'intérêt de l'entreprise de l'intérêt de l'entrepreneur en se fondant sur le contrôle du détournement de pouvoir. La référence à l'intérêt de l'entreprise serait un critère permettant de mesurer ou d'établir l'existence ou non du détournement de pouvoir. Selon M. MEKKI, l'intérêt de l'entreprise apparaît comme une notion contentieuse, car le juge y fait appel lorsqu'il souhaite régler un conflit d'intérêts. En ce sens, il est, à l'instar de l'intérêt général global, le dernier maillon d'un raisonnement réalisé par le juge social. Il intervient dans le processus décisionnel pour légitimer *a posteriori* la pondération réalisée par le juge qui statue parfois en opportunité⁹⁶⁵. L'intérêt de l'entreprise apparaît comme une notion standard permettant au juge de s'immiscer de façon raisonnable dans l'organisation de l'entreprise⁹⁶⁶. Le contrôle du détournement des pouvoirs permet de vérifier si le chef de l'entreprise n'a pas détourné ses pouvoirs de la finalité qui lui est assignée. Le pouvoir patronal doit être

⁹⁶¹ A. PIROVANO, « *La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* », D. 1997, chron. P. 189. - V. également, A. CONSTANTIN, « *L'intérêt social : quel intérêt ?* », in *Études offertes à Barthélemy MERCADAL*, Mélanges, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 317.

⁹⁶² Sur cette question V. notamment, A. ROUAST, « *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés* » : RTD civ., 1944, p. 1.

⁹⁶³ H. LE NABASQUE, « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit de l'entreprise* », thèse, Rennes, 1986,, n° 35, p. 46.

⁹⁶⁴ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 226, p. 116.

⁹⁶⁵ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ., 2004, n° 682, p. 414.

⁹⁶⁶ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ., 2004, n° 677, p. 412 et s. - En ce sens, P.-D. OLLER, « *Le droit de travail* », Armend colin, 1972, p. 99.

exercé dans l'intérêt de l'entreprise et c'est en considération de cette finalité que logiquement le juge devrait en contrôler l'usage⁹⁶⁷.

266. En fin de compte, cette conception institutionnelle est née de la nécessité d'encadrer l'exercice des pouvoirs patronaux. Ainsi, « le processus de soumission – progressive mais constante – de cette activité au droit paraît à l'origine d'un certain nombre de devoirs nouveaux, que l'on impose au chef d'entreprise ; mais il est également la source de prérogatives nouvelles qui ne s'absorbent pas dans son droit personnel de créance »⁹⁶⁸. Selon H. LE NABASQUE, « le postulat sur lequel repose la conception institutionnelle du pouvoir est lié à cette idée que, si le pouvoir est effectivement, de génération spontanée, cela veut aussi dire qu'il n'est pas concédé à celui qui l'exerce pour la satisfaction de ses intérêts personnels mais bien pour la poursuite du but commun et donc pour la satisfaction de l'intérêt des membres du groupement qui constituent, ainsi, une véritable communauté soudée par l'exercice du pouvoir de direction »⁹⁶⁹.

267. Cependant, la théorie des pouvoirs du chef d'entreprise a été longtemps une construction doctrinale, variable dans sa formulation et s'appuyant de façon approximative sur des données jurisprudentielles fragmentaires. Aujourd'hui, tirant les conséquences des apports législatifs de 1982 (en particulier les lois AUROUX de 1982), la jurisprudence affirme avec beaucoup de force le caractère premier du pouvoir de direction et de gestion du chef d'entreprise, et la spécificité des pouvoirs réglementaire ou normatif et disciplinaire⁹⁷⁰.

Plus précisément, le contrôle du détournement de pouvoir se réduit souvent à un contrôle d'absence de détournement de pouvoir⁹⁷¹. Il s'agit plutôt d'un contrôle négatif se bornant à vérifier que l'employeur n'agissait pas dans un intérêt strictement personnel⁹⁷². Actuellement, on observe une tendance à la fixation des finalités légitimes de l'employeur pour rendre le contrôle de ses agissements plus efficace, parfois dans l'intérêt des salariés. Toutefois, ce contrôle ne conduit pas à faire émerger un intérêt collectif englobant celui des salariés.

B. La négation de l'intérêt collectif dans l'entreprise unipersonnelle

⁹⁶⁷ H. LE NABASQUE, « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit de l'entreprise* », thèse, Rennes, 1986, n° 57, p. 71.

⁹⁶⁸ H. LE NABASQUE, « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit de l'entreprise* », thèse, Rennes, 1986, n° 143, p. 168.

⁹⁶⁹ H. LE NABASQUE, « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit de l'entreprise* », thèse, Rennes, 1986, n° 37, p. 48.

⁹⁷⁰ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 7, p. 25.

⁹⁷¹ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 232, p. 119.

⁹⁷² A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 234, p. 120.

268. Le droit du travail rationalise l'action de l'employeur par ses fins, c'est-à-dire qu'il fixe les finalités que l'employeur doit poursuivre et contrôle la conformité de ses actions aux dites finalités⁹⁷³. Le contrôle du caractère adéquat n'est rien d'autre qu'une conséquence mécanique de la finalisation de l'action de l'employeur⁹⁷⁴. Selon la doctrine institutionnelle, l'intérêt de l'entreprise est la principale finalité admissible des actions de l'employeur⁹⁷⁵. D'une part, les prérogatives contractuelles sont touchées par le standard de l'intérêt de l'entreprise qui ne sera pas constitué de l'intérêt du seul employeur mais aussi de l'intérêt des salariés. D'autre part, à travers les limites imposées au pouvoir patronal, et instaurées dans l'intérêt des salariés, la doctrine a voulu cerner et apercevoir l'évolution consacrant indirectement l'existence d'un intérêt de l'entreprise distinct de l'intérêt de l'employeur⁹⁷⁶. Dans cette perspective, la doctrine de l'entreprise a mis l'accent sur des différentes situations de conflits entre l'entrepreneur et les salariés afin de constater l'existence d'un intérêt collectif distinct. Toutefois, en elle-même, la judiciarisation de l'intérêt de l'entreprise ne permet pas de faire surgir un intérêt collectif transcendant qui justifie une aptitude à la personnification. Et même, dans bien des cas, tout en se confondant avec l'intérêt de l'entrepreneur, l'intérêt de l'entreprise se révèle contraire à l'intérêt des salariés. Dans ce cadre, pour affirmer la rétivité des intérêts opposés à la personnification, il convient de préciser la relation entre l'intérêt de l'entreprise et le contrôle judiciaire en matière contractuelle (1°) et celle entre l'intérêt de l'entreprise et le contrôle judiciaire du pouvoir unilatéral de l'employeur (2°)

1° L'intérêt de l'entreprise et le contrôle judiciaire en matière contractuelle

⁹⁷³ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 216, p. 112.

⁹⁷⁴ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 303, p. 153.

⁹⁷⁵ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 219, p. 113.

⁹⁷⁶ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ., 2004, n° 219, p. 156 : « *l'entreprise s'impose alors comme un ordre judiciaire dérivé poursuivant un intérêt commun qui est le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts et les valeurs. Cette hiérarchie est réalisée par une subtile combinaison du droit étatique et du droit judiciaire.* » ; Ibid., n° 218, p. 156 : *l'entreprise est un ordre juridique dérivé. L'existence d'un ordre juridique entrepreneurial autonome et indépendant du droit étatique justifie le rôle important que continue d'y jouer l'ordre public, instrument privilégié de relevance par rapport à l'ordre juridique étatique. Nombreux sont les signes de l'autonomie de l'ordre juridique entrepreneurial. En droit de travail, tout d'abord, le progrès des clauses contractuelles, au sein des relations individuelles, l'essor des négociations collectives comme sources de l'ordre public social ainsi que les pouvoirs reconnus au chef d'entreprise ; Ibid., op. cit., n° 218, p. 156 : « à cela s'ajoute un contrôle du juge mêlant légalité et opportunité. L'ordre juridique entrepreneurial est bien un ordre juridique judiciaire. L'instrument d'un tel judiciarisation est encore le standard juridique et, plus spécialement, celui de l'intérêt de l'entreprise et de l'intérêt social » ; Ibid., op. cit., n° 217, p. 155 : « *L'ordre juridique entrepreneurial suppose l'intervention d'un tiers assurant une régulation par le bas. Outre les autorités administratives indépendantes qui jouent un rôle non négligeable, c'est au juge qu'il appartient de régler les intérêts et les valeurs en présence. Représentant l'entreprise et pas seulement l'État, il tente de concilier les deux valeurs qui sont le Travail et le Capital, l'emploi et la prospérité de l'entreprise* ».*

269. En matière contractuelle, la référence à l'intérêt de l'entreprise est constante dans la jurisprudence relative à la modification du contrat de travail. Depuis un arrêt du 10 juillet 1996⁹⁷⁷, la jurisprudence relative à la modification unilatérale du contrat de travail, en distinguant entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail, vient réduire le pouvoir unilatéral de l'employeur sur le contrat individuel de travail⁹⁷⁸. L'employeur peut modifier ce qui a trait aux conditions de travail mais ne peut pas, sans l'accord du salarié, procéder à la modification du contrat de travail.

Notamment, certains arrêts ont retenu que si le changement opéré par l'employeur entraîne un changement du secteur géographique, il s'agit d'une modification du contrat de travail devant être acceptée par le salarié⁹⁷⁹. Quant à la clause autorisant un tel changement, elle peut s'avérer très dangereuse pour l'exercice, voire l'existence de certaines libertés individuelles. C'est pourquoi sa légitimité est soumise au contrôle de proportionnalité par le juge. Ainsi, dans un arrêt du 23 janvier 2002, la Cour de cassation n'a pas hésité à se référer au standard de l'intérêt de l'entreprise en décidant qu'une clause de mobilité ne pouvait être mise en œuvre que dans l'intérêt de l'entreprise et qu'il appartenait à l'employeur de justifier la mutation alors prononcée « *par un motif objectif* »⁹⁸⁰. Cette jurisprudence permet, selon certains, au salarié de limiter le pouvoir de direction de l'employeur⁹⁸¹.

Cependant, dans deux arrêts de principe, particulièrement explicites, du 23 février 2005 (l'arrêt *Sté Leviel* et l'arrêt *Fort Cros*), la Cour régulatrice a apporté une nouvelle règle relativement à la mise en œuvre d'un changement des conditions de travail, dont le régime est largement inspiré de celui applicable en matière de clause de mobilité⁹⁸². Cette mise en œuvre est fondée sur une présomption simple de bonne foi contractuelle et de conformité à l'intérêt de l'entreprise⁹⁸³, de sorte qu'en cas de détournement par l'employeur de son pouvoir de direction, c'est désormais au

⁹⁷⁷ Cass. soc., 10 juillet 1996 : Bull. civ., V, n° 278. – V. également, Cass. soc., 27 février 2001 : JCP E 2001, p. 1391, note C. PUIGELIER ; Dr. et patrimoine, octobre 2001, n° 97, p. 108 et 109, obs. P.-H. ANTONMATTEI. – Ph. WAQUET, « *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail* » : RJS 1996, p. 791.

⁹⁷⁸ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ., 2004, n° 908, p. 540.

⁹⁷⁹ Cass. soc., 4 mai 1999 : JCP G 1999, II, n° 10126, note C. LEFRANC-HAMONIAUX ; Dr. social 1999, p. 737, obs. J.-E. RAY.

⁹⁸⁰ Cass. soc., 23 janvier 2002 : JCP E 2002, 954, note P. ADAM ; D. 2002, p. 2088, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL. – En ce sens, Cass. soc., 29 janvier 2002, (2^e espèce, *Sté SAS Telf c/Rouyre et autre*) : RJS 2002, n° 392.

⁹⁸¹ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ., 2004, n° 908, p. 540.

⁹⁸² H.-k. GABA, note sous Cass. soc., 23 février 2005 : D. 2005, p. 1678.

⁹⁸³ H.-k. GABA, note sous Cass. soc., 23 février 2005 : D. 2005, p. 1678 : les deux conditions sont cumulatives et interdépendantes.

salarié d'administrer la preuve du l'abus de droit⁹⁸⁴. Dans ces deux affaires, les deux salariés, après avoir refusé la mutation et été licenciés pour faute grave, avaient soutenu devant la juridiction prud'homale que leur nouvelle affectation n'a pas été motivée par l'intérêt de l'entreprise et que leur licenciement était, dès lors, dépourvu de cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation a cependant considéré que « *la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise* », de sorte qu'il « *incombe au salarié de démontrer que cette décision a, en réalité, été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de cette bonne foi contractuelle* »⁹⁸⁵. Il en résulte que le salarié ne peut s'opposer à la mise en œuvre de la clause de mobilité dès lors qu'il est établi que cette mise en œuvre n'emporte qu'un simple changement des conditions de travail qui relèvent des pouvoirs de direction de l'employeur. Plus précisément, selon H.-K. GABA, « *la modification d'un élément de la situation du salarié, qui ne relève pas du champ contractuel, est institutionnel et son caractère obligatoire procède de l'obligation d'obéissance du salarié* »⁹⁸⁶. De même, ces arrêts, confirmés par deux arrêts du 14 octobre 2008⁹⁸⁷, clarifient le régime juridique du refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail et montrent également un certain déclin de la notion d'intérêt de l'entreprise comme intérêt commun permettant l'intégration de l'intérêt des salariés dans celui de l'entreprise. L'introduction en droit du travail de la bonne foi contractuelle, prévue à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 ; article 120-4 du Code de travail), reste cependant controversée : alors que certains y voient une limite au pouvoir de l'employeur de modifier le contrat de travail, d'autres considèrent que cette technique juridique civiliste constitue un instrument de mesure utilisé par les juges à la recherche d'un équilibre entre des intérêts antagonistes⁹⁸⁸.

⁹⁸⁴ V. FRAISSINIER-AMIOT, « *Le contrôle des clauses de mobilité au regard de la nécessité et de la proportionnalité* », Petites affiches, 03 avril 2009 n° 67, p. 5, à propos de Cass. soc., 14 octobre 2008 ; 2 arrêts : « *la solution n'est guère opportune, le rapport de la preuve par le salarié s'avérant être une opération difficile, alors que l'employeur est le mieux placé pour prouver la conformité de sa décision à l'intérêt de l'entreprise* ». Au demeurant, selon cet auteur, « *la question d'une bilatéralisation de la bonne foi peut se poser. Certes, il est de principe que la bonne foi se présume. Toutefois, l'arrêt porte sur la bonne foi de l'employeur qui décide de mettre en œuvre la clause de mobilité ; qu'en est-il alors de la bonne foi du salarié lorsqu'il refuse la mutation ? Ne peut-elle pas être, elle aussi avancée ?* ». – V. également, V.-F. FAVENNEC-HERY, « *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur* », Dr. social 1985, p. 173.

⁹⁸⁵ Cass. soc., 23 février 2005 (2 espèces) : D. 2005, p. 1678, note H.-k. GABA ; Dr. social 2006, p. 576, obs. J. MOULY. – En ce sens, Cass. soc., 14 octobre 2008 : Petites affiches, 03 avril 2009 n° 67, p. 5.

⁹⁸⁶ H.-k. GABA, note sous Cass. soc., 23 février 2005 : D. 2005, p. 1678.

⁹⁸⁷ V. FRAISSINIER-AMIOT, « *Le contrôle des clauses de mobilité au regard de la nécessité et de la proportionnalité* », Petites affiches, 03 avril 2009 n° 67, p. 5, à propos de Cass. soc., 14 octobre 2008 ; 2 arrêts : selon cet auteur, « *le contrôle de proportionnalité des clauses de mobilité est aujourd'hui beaucoup mieux assuré. Il ne saurait être question, par ce contrôle, de favoriser l'une ou l'autre partie, employeur ou salarié. Il s'agit d'assurer un équilibre, un juste milieu, entre des intérêts antagonistes* ».

⁹⁸⁸ H.-k. GABA, note sous Cass. soc., 23 février 2005 : D. 2005, p. 1678.

De surcroît, la notion d'intérêt de l'entreprise apparaît au fur et mesure de son application très floue, flexible et très controversée sur le plan théorique⁹⁸⁹. Elle sert parfois à fonder le contrôle judiciaire des décisions de l'employeur et de leurs justifications alors que, dans d'autre cas, elle peut légitimer les mesures patronales et renforcer le pouvoir de l'employeur. Ainsi, dans un arrêt du 3 février 2010, c'est l'employeur qui a invoqué l'intérêt de l'entreprise pour justifier et légitimer le déplacement occasionnel, en dépit des termes mêmes d'une clause contractuelle qui avait pourtant fixé avec précision le secteur géographique à l'intérieur duquel pouvait intervenir une nouvelle affectation⁹⁹⁰. Malgré certaines garanties qui doivent être respectées lors de la mise en œuvre de cette affectation occasionnelle⁹⁹¹, la Cour de cassation a décidé, conformément à une jurisprudence antérieure⁹⁹², que « *si l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail, il n'en est ainsi que lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles* ». Selon B. LARDY-PÉLISSIER, l'intérêt de l'entreprise constitue le sésame d'un pouvoir renforcé de l'employeur⁹⁹³. Selon cet auteur, « *de l'arrêt Leader Price Chatou, il ressort clairement que l'intérêt de l'entreprise fait sauter les verrous contractuels en donnant à l'employeur le pouvoir de passer outre les termes mêmes de la clause de mobilité* »⁹⁹⁴. En tout état de cause, il apparaît difficile de considérer que la reconnaissance de droits accrus pour les salariés favorise leur intégration dans un intérêt commun de l'entreprise. Il s'agit davantage de la reconnaissance d'un droit contre l'employeur, lequel a intérêt à jouir d'un pouvoir absolu dans l'organisation de son entreprise. En outre, il convient de rappeler que cette référence au standard de l'intérêt de l'entreprise peut à l'occasion défavoriser les salariés et n'est pas de nature à intégrer leurs intérêts dans un intérêt commun et homogène de l'entreprise.

⁹⁸⁹ H.-k. GABA, note sous Cass. soc., 23 février 2005 : D. 2005, p. 1678.

⁹⁹⁰ B. LARDY-PÉLISSIER, « *Au nom de l'intérêt de l'entreprise* » : Dr. ouvrier, 2010, n° 744, p. 356. – Cass. soc., 3 février 2010 : Dr. ouvrier 2010, n° 744, p. 359 ; D. 2010, p. 446, note B. INES ; RDT 2010, p. 226, note, J.-Y. FROUIN.

⁹⁹¹ Le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible

⁹⁹² Cette jurisprudence confirme une autre classique de deux arrêts du 22 janvier 2003, selon laquelle « *le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est justifié par l'intérêt de l'entreprise* » : Cass. soc., 22 janvier 2003 : Dr. ouvrier, p. 523, note F. SARAMITO et P. MOUSSY. – V. également en ce sens Cass. soc., 21 janvier 2004 : Dr. ouvrier 2004, p. 222, note B. LARDY-PÉLISSIER.

⁹⁹³ B. LARDY-PÉLISSIER, « *Au nom de l'intérêt de l'entreprise* » : Dr. ouvrier, 2010, n° 744, p. 356.

⁹⁹⁴ B. LARDY-PÉLISSIER, « *Au nom de l'intérêt de l'entreprise* » : Dr. ouvrier, 2010, n° 744, p. 356 : une « *affectation occasionnelle permet de justifier un élargissement du secteur géographique, décidé unilatéralement par l'employeur, nonobstant ce dont les parties étaient portant convenues et donc de nier, fût-ce provisoirement, l'espace dans lequel évolue habituellement la salarié* ».

270. De même, les clauses de non concurrence mettent en opposition l'intérêt des salariés et l'intérêt de l'entreprise, ce qui permet de contrôler la licéité des clauses de non-concurrence au regard de l'intérêt légitime de l'entreprise⁹⁹⁵. Sur ce point, la jurisprudence a cependant évolué. Après avoir longtemps refusé de contrôler l'utilité de la clause au regard de l'intérêt de l'entreprise⁹⁹⁶, la jurisprudence a opéré un revirement en 1992⁹⁹⁷. 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 et en écarte l'application dès lors que la clause n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise⁹⁹⁸. La jurisprudence a ainsi instauré un contrôle de licéité mais n'a pas pour autant déclaré illicites toutes les clauses⁹⁹⁹.

La référence à la notion d'intérêt de l'entreprise n'est pas de pure forme. Elle fonde la licéité des clauses de non-concurrence autant qu'elle la limite. Cependant, 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. Selon N. MATHEY, « *la clause de non- concurrence protège d'un risque concurrentiel, 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* ».

⁹⁹⁵ R. LIBCHABER, obs. sous Cass. soc., 10 juillet 2002 (3 arrêts) et 18 septembre 2002 : Defrénois 2002, p. 1619. – Y. AUGUET, « *La légitimité de la clause de non concurrence en droit de travail* » : Petites affiches 24 juin 1998, n° 75, p. 14. – J.-L. BERGEL, « *Les clauses de non concurrence en droit positif français* », In études offertes à A. JAUFFRET, P.U.A.M., 1974, p. 21 et s. – N. GAVALDA, « *Les critères de validité des clauses de non concurrence en droit du travail* » : Dr. social 1999, p. 582. – GERNEZ-RYSSEN, « *Légitimité des restrictions à la concurrence en droit commercial et social* » : Defrénois, 1993, p. 1161. – M.-A. MOREAU, « *La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité* » : Dr. et patrimoine, mars 1999, p. 56. – C. PIZZIO-DELAPORTE, « *La clause de non-concurrence : jurisprudence récente* » : Dr. social 1996, 145. – Y. SERRA, « *Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence* », In Droit du marché et droit commun des obligations : RTD com., 1998, p. 7 ; « *La validité de la clause de non concurrence (de la vente du fonds de commerce au contrat de franchise)* » : D. 1987, chron., p. 113. – J.-J. SERRET, « *Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié* », Dr. social 1994, p. 759. – Cl. CHAMPAUD, « *Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler)* » : RJ com., 1986, p. 161.

⁹⁹⁶ Cass. soc., 13 octobre 1988 : D. 1988, p. 122, note Y. SERRA. – Sur l'intérêt de l'entreprise en droit du travail : G. COUTURIER, « *L'intérêt de l'entreprise* », in les orientations sociales du droit contemporain. Écrit en l'honneur du professeur Jean SAVATIER, PUF, 1992, p. 142. – N. CATALAT, « *L'entreprise* », in traité de droit du travail, Dalloz 1980, n° 163. – G. et A. LYON-CAEN, « *La doctrine de l'entreprise* », In dix ans du droit de l'entreprise, FNDE, et avant propos de J.M. MOUSSERON et de B. TEYSSIE, 1978, p. 599.

⁹⁹⁷ Cass. soc. 14 mai 1992 : JCP G 1992, II, 21889, note J. AMIEL-DONAT ; JCP E 1992, II, obs. J. AMIEL-DONAT ; D. 1992, p. 350 et 351, note Y. SERRA ; RJS 06/92, n° 735. Les juges du fonds avaient résisté à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation : Poitiers, 6 février 1990 : D. 1990, somm., p. 332, obs. Y. SERRA.

⁹⁹⁸ D. CORRIGNAN-CARSIN, « *Validité des clauses de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » : Dr. social 1992, p. 967.

⁹⁹⁹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 352, p. 148.

Selon cet auteur, « 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 pensée des intérêts en présence et non à la recherche d'un intérêt commun qui reste introuvable au sein de l'entreprise »¹⁰⁰⁰. La même conclusion s'impose en ce qui concerne le pouvoir unilatéral de l'employeur.

2° L'intérêt de l'entreprise et le contrôle judiciaire du pouvoir unilatéral de l'employeur

271. En matière de pouvoir de direction économique et d'organisation, la théorie de l'employeur seul juge a longtemps dominé le droit de travail¹⁰⁰¹. C'est ce que l'on nomme également la jurisprudence « Brinon »¹⁰⁰². A la suite du dépôt de bilan et de la mise en liquidation d'une entreprise pourtant viable, un salarié avait demandé à être indemnisé en raison de la faute commise par l'employeur. Le salarié a été débouté et la Cour de cassation a affirmé que « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, » et qu'« aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail ». Selon G. COUTURIER, cette jurisprudence ne consacrait pas seulement le pouvoir de direction du chef d'entreprise, elle en faisait une sorte de prérogative discrétionnaire¹⁰⁰³. Selon cet auteur, les formules de cet arrêt sont fortes, mais la référence à cet arrêt a perdu, avec le temps, beaucoup de son actualité. Quant au fond, la solution qu'il pose n'est probablement plus celle du droit positif¹⁰⁰⁴.

272. En tout état de cause, les juges n'entendent pas se substituer au chef d'entreprise. Même à l'époque où l'on affirmait avec le plus de force que l'employeur était seul juge des mesures à prendre dans le cadre de la direction et de l'organisation de l'entreprise, la jurisprudence avait introduit une importante réserve : la décision du chef d'entreprise n'échappe à toute contestation qu'à la condition de ne pas être entachée de détournement de pouvoir¹⁰⁰⁵. Toutefois, si cette réserve conserve toute

¹⁰⁰⁰ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 353, p. 148.

¹⁰⁰¹ V. sur ce sujet : P. LANGLOIS, « Le juge et l'employeur » : Dr. social 2003, p. 283.

¹⁰⁰² Cass. soc., 31 mai 1956: Dr. social 1956, p. 489 ; D. 1958, 21, note G. LEVASSEUR ; JCP G 1956, II, 9397, note P. ESMEIN.

¹⁰⁰³ G. COUTURIER, « Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail », PUF, 2001, n° 17, p. 53.

¹⁰⁰⁴ G. COUTURIER, « Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail », PUF, 2001, n° 17, p. 53.

¹⁰⁰⁵ G. COUTURIER, « Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail », PUF, 2001, n° 18, p. 54

son actualité, elle est énigmatique¹⁰⁰⁶. S'il est acquis que le pouvoir de direction et d'organisation doit être exercé dans l'intérêt de l'entreprise sous peine de voir la décision considérée comme constitutive d'un détournement de pouvoir, encore faut-il éclaircir la nature du contrôle exercé par le juge.

En réalité, le chef d'entreprise est le maître des décisions relatives à la gestion économique et à l'organisation de l'entreprise. Ces décisions sont de son ressort et leur légitimité ne saurait donc, en principe, être contestée¹⁰⁰⁷. Il ne pourrait s'agir d'un contrôle d'opportunité conduisant le juge à se mettre à la place de l'employeur pour dire ce qui est bon ou ce qui n'est pas bon pour l'entreprise¹⁰⁰⁸. Un contrôle d'opportunité serait contraire à l'analyse du pouvoir de direction comme une sphère de compétence exclusive¹⁰⁰⁹. Toutefois, la jurisprudence a admis l'existence d'un contrôle du détournement de pouvoir d'abord en matière de sanction disciplinaire puis en matière de licenciement économique.

273. En matière disciplinaire, l'intérêt de l'entreprise connaît un succès considérable¹⁰¹⁰. Il était autrefois fait référence à l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise. C'est l'intérêt de l'entreprise qui est aujourd'hui visé¹⁰¹¹. Cet intérêt justifie par exemple l'attribution de sanctions disciplinaires différentes à des personnes ayant participé à la réalisation d'une même faute¹⁰¹². Dans ce domaine, depuis une jurisprudence très ancienne, le pouvoir disciplinaire de l'employeur a un fondement contractuel¹⁰¹³. Toutefois, pour les tenants de la conception institutionnelle, les actes disciplinaires de l'employeur doivent être conformes au standard de l'intérêt de l'entreprise qui est susceptible de contrôle judiciaire et favorise normalement le déclin de la théorie de l'employeur seul juge¹⁰¹⁴.

En effet, le premier signe de la théorie institutionnelle a été révélé par l'arrêt *Poliet et Chausson* du 16 juin 1946¹⁰¹⁵. En l'espèce, ni le contrat ni le règlement

¹⁰⁰⁶ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 18, p. 54.

¹⁰⁰⁷ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 17, p. 53.

¹⁰⁰⁸ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 18, p. 55.

¹⁰⁰⁹ G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 18, p. 55.

¹⁰¹⁰ J.-L. GROZAFON, « *Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration* » : Dr. social 1985, p. 201. – J. PÉLISSIER, « *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire* », in Mélanges dédiés à Jean VINCENT, Dalloz 1981, p. 273. – P. BOUAZIZ, « *Du pouvoir souverain vers un droit disciplinaire* », Dr. ouvrier 1982, p. 449.

¹⁰¹¹ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ., 2004, n° 681, p. 414. – V. également, Cass. soc., 29 janvier 1981 : Bull. civ., n° 79. – Cass. soc., 16 décembre 1988 : Bull. civ., n° 590. – Cass. soc., 15 mai 1991 : Bull. civ., n° 236.

¹⁰¹² Cass. soc., 14 mai 1998 : D. 1998, IR., p. 145. – Cass. soc., 1^{er} février 1995 : D. 1995, IR., p. 62.

¹⁰¹³ Cass. civ., 14 février 1866 : D. 1866, I, 84

¹⁰¹⁴ V. Cass. soc., 9 mai 1990 : JCP G 1992, II, 21889, note, J. AMIEL-DONAT.

¹⁰¹⁵ Cass. soc. 16 juin 1945 : Dr. social 1946, p. 427, note P. DURAND.

intérieur n'avait prévu la sanction de mise à pied infligée au salarié et la Cour de cassation a jugé que cette circonstance ne pouvait « priver le patron d'un pouvoir disciplinaire, inhérent à sa qualité et dont il a la faculté, en l'absence de règlement intérieur, de faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire ». Ainsi, le virage introduit par cette décision est important. La sanction disciplinaire est fondée non en raison de la force obligatoire du contrat ou d'un règlement intérieur accepté, mais parce que l'employeur l'a prononcée en application du pouvoir disciplinaire qui lui appartient en propre¹⁰¹⁶. Toutefois, « après de longues hésitations, la jurisprudence considère désormais que le pouvoir de l'employeur est une faculté accordée par le contrat individuel de travail. Il en résulte d'importantes conséquences juridiques : la désobéissance du salarié au pouvoir de direction est une faute contractuelle ; réciproquement lorsque l'employeur outrepassé son pouvoir, il viole le contrat ; le pouvoir, issu du contrat, ne peut pas modifier le contrat. Et ceci vaut y compris pour les pouvoirs disciplinaires »¹⁰¹⁷. En fin de compte, le 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 contrôle¹⁰¹⁸.

Cependant, au moment même où la Cour de cassation a admis l'existence d'un contrôle du détournement de pouvoir¹⁰¹⁹, elle lui a ôté toute portée¹⁰²⁰. Plus précisément, entre 1959 et 1979, on avait relevé 21 arrêts dans lesquels figurait l'expression « détournement de pouvoirs disciplinaires »¹⁰²¹. Cependant, dans la quasi-totalité des cas, les juges de fond, qui avaient cru pouvoir contrôler la proportionnalité de la sanction à la faute, ont été censurés par la Cour régulatrice au motif qu'ils ne devaient pas substituer « leur appréciation à celle de l'employeur sans

¹⁰¹⁶ A. FABRE, « Le régime du pouvoir de l'employeur », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 54, p. 28.

¹⁰¹⁷ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, « Droit de travail », Dalloz, 25^e éd., 2010, n° 3, p. 4 et n° 659, p. 711 et s : « le pouvoir disciplinaire est rattaché au pouvoir de direction de l'employeur que tire du contrat du travail : Le pouvoir disciplinaire ne peut pas dépasser la sphère du pouvoir de direction, telle que celle-ci est délimitée dans le contrat de travail. Ce point d'aboutissement de la jurisprudence apparaît de loin, préférable. Il est réaliste, par la reconnaissance du pouvoir qu'il permet. Il est respectueux de l'individu par la source contractuelle qu'il donne au pouvoir ». – En ce sens, G. COUTURIER, « Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail », PUF, 2001, n° 29, p. 74 : « le contrat de travail ne peut pas être modifié par le seul effet d'une sanction, il faut le consentement du salarié, à cet égard, le contrat apparaît comme une garantie vis-à-vis de l'exercice du pouvoir disciplinaire ». – V. notamment, Cass. soc., 16 juin, 1998 : Dr. social 1998, p. 803, rapport Ph. WAQUET.

¹⁰¹⁸ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 354, p. 149.

¹⁰¹⁹ La jurisprudence a en effet admis que les sanctions disciplinaires puissent faire l'objet d'un contrôle de détournement de pouvoir : Cass. soc., 5 novembre 1959 : Bull. civ., IV, n° 1089; Cass. soc., 15 décembre 1961 : JCP G 1962, II, 12507.

¹⁰²⁰ A. FABRE, « Le régime du pouvoir de l'employeur », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 57, p. 30.

¹⁰²¹ J. PÉLISSIER, « Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », in Mélanges jean VINCENT, Dalloz 1981, p. 273.

relever aucun fait constitutif d'un détournement par lui de son pouvoir disciplinaire »¹⁰²². Il s'agissait donc en réalité d'un contrôle négatif consistant à vérifier que l'employeur n'avait pas agi dans son propre intérêt¹⁰²³. Pour la Cour de cassation, la solution s'expliquait donc par le fait que l'employeur était seul juge des mesures permettant d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise. Cette solution contradictoire a été justement critiquée puisque « *si le pouvoir disciplinaire est, comme tout pouvoir, susceptible de détournement, une telle déviation se manifeste précisément par la disproportion* »¹⁰²⁴. Remédiant à cette contradiction et dans une optique de protection des salariés, le législateur a, en 1982, rompu avec la jurisprudence de l'employeur seul juge en consacrant l'obligation de proportionnalité¹⁰²⁵.

274. Au vrai, il a été toujours admis que le juge devait contrôler la réalité de la faute sanctionnée, mais, selon certains auteurs, le contrôle de proportionnalité aurait dû conduire à vérifier si les sanctions disciplinaires étaient justifiées par l'intérêt de l'entreprise¹⁰²⁶. Selon A. FABRE, « *les obstacles à la mise en œuvre d'un tel contrôle étaient à la hauteur des espoirs formulés. Pour qu'il voie le jour, il aurait fallu que les juges, dans leur fonction d'interprétation ou de création de la règle de droit, proclament l'intérêt de*

¹⁰²² J. PÉLISSIER, « *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire* », in Mélanges Jean VINCENT, Dalloz 1981, p. 273. – V. également, Cass. soc., 29 janvier 1981 : Bull. civ., 1981, V, n° 79, p. 57 : « *Sauf détournement de son but du pouvoir disciplinaire exercé par lui dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise, le patron est seul juge de l'opportunité d'infliger une sanction au salarié fautif* ».

¹⁰²³ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 232, p. 119.

¹⁰²⁴ H. SINAY, « *Le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudence administrative et judiciaire* » : Dr. social 1979, p. 277. – V. également, J. PÉLISSIER, « *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire* », in Mélanges Jean VINCENT, Dalloz 1981, p. 273 : Selon J. PÉLISSIER, ce contrôle se réduisait en réalité à un contrôle d'absence de détournement de pouvoir.

¹⁰²⁵ L'obligation de proportionnalité est introduite par deux articles du Code du travail, issus des lois du 4 août 1982 et consacrés actuellement aux articles L. 1321-3 et L. 1333-2 du Code du travail. L'article L. 1321-3 affirme que le règlement intérieur d'une entreprise « *ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». L'article L. 1333-2 du Code du travail dispose de même que « *le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction (...) disproportionnée à la faute commise* ». Le principe de la proportionnalité est maintenant consacré de manière générale par l'article L. 1121-1 du Code du travail, issu de loi du 31 décembre 1992. Selon cet article, « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». – J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, « *Droit de travail* », Dalloz, 25^e éd., 2010, n° 677, p. 725 et s : les juges de fond ont à cet égard conquis un pouvoir d'appréciation. Il s'agit de la plus importante des réformes de 1982 en matière disciplinaire. – G. COUTURIER, « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », PUF, 2001, n° 37, p. 88 : l'appréciation portée par les juges de fond sur la justification de la sanction est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

¹⁰²⁶ En ce sens, P.-D. OLLER, « *Le droit de travail* », Armend Colin, 1972, p. 99 : l'intérêt de l'entreprise devait « *fonder la soumission de l'entreprise patronale à un régime de légalité imité du droit administratif et à un contrôle juridictionnel comparable à celui que le juge administratif l'exerce sur l'activité de l'administration. De même que l'intérêt général est le critère de la légitimité de l'action administrative, de même l'intérêt de l'entreprise serait le critère de la légitimité du pouvoir patronal* ».

l'entreprise comme la finalité des pouvoirs de l'employeur, au besoin en en donnant une définition, et vérifient la conformité de chacune de ses décisions à cette finalité »¹⁰²⁷.

Certes, la référence à l'intérêt de l'entreprise doit conduire à encadrer le pouvoir de l'employeur et à fournir plus de protection aux salariés. A cette fin, le juge procède à une balance des intérêts en présence¹⁰²⁸ mais ce contrôle ne conduit pas à l'intégration des intérêts des salariés dans un intérêt commun. En d'autres termes, la protection des salariés se fait par une technique de conciliation d'intérêts contradictoires et non par le regroupement de ces intérêts dans un intérêt commun spécifié en se référant à l'intérêt de l'entreprise. Quelle que soit l'approche adoptée, il ne s'agit pas vraiment de consacrer un intérêt de l'entreprise distinct de celui de l'entrepreneur mais de contrôler la proportionnalité de la mesure face au but souhaité¹⁰²⁹. L'intérêt de l'entreprise reste toujours celui de l'employeur limité par les intérêts des salariés. Il est impossible de reconnaître un intérêt commun dans l'entreprise¹⁰³⁰.

275. En matière de licenciement économique également, l'intérêt de l'entreprise est particulièrement invoqué. Selon M. MEKKI, le contrat de travail est le point de rencontre de multiples intérêts et de valeurs sociales diverses, souvent difficiles à concilier. Selon cet auteur, *« l'intérêt de l'entreprise n'est pas celui de l'employeur et encore moins celui des seuls actionnaires. Il est le résultat d'une conciliation opérée entre l'intérêt des travailleurs et l'intérêt des actionnaires et dirigeants, entre l'emploi et la prospérité économique de l'entreprise. Cette complexité de l'ordre juridique de l'entreprise justifie que le sort du contrat de travail soit le plus souvent l'objet d'un contrôle de proportionnalité »¹⁰³¹*. Dans cette optique, le contrat de travail semble faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité au stade de son extinction. Il s'ensuit que la fin ou le maintien du contrat du travail est conditionné par le résultat d'un contrôle de

¹⁰²⁷ A. FABRE, *« Le régime du pouvoir de l'employeur »*, LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 233, p. 119.

¹⁰²⁸ M. MEKKI, *« L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé »*, LGDJ., 2004, n° 681, p. 414.

¹⁰²⁹ R. BERNARD-MENORET et V. FRAISSINIER-AMIOT, *« Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail »* : Petites affiches, 05 mars 2009, n° 46, p. 102. – V. N. MAZEAUD, *« Droit de travail »*, Montchrestien, 7^e éd., 2010, n° 141 et n° 142, p. 86 et s : les juges n'exercent pas un contrôle d'opportunité ; ils ne peuvent substituer leur propre appréciation à celle de l'employeur en matière d'organisation et du travail. Les objectifs et les choix de gestion relèvent du pouvoir de direction, dans le respect des règles en vigueur (article L. 1121-1 du Code de travail, ancien article L. 120-2). S'il est question d'objectivisation de la fonction de direction sous le regard attentif du juge, l'apport de la théorie institutionnelle reste modeste.

¹⁰³⁰ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 354, p. 149 et s.

¹⁰³¹ M. MEKKI, *« L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé »*, LGDJ., 2004, n° 869, p. 510.

proportionnalité qui met en œuvre une hiérarchie entre les intérêts en présence et limite dès lors la liberté de rompre le contrat¹⁰³².

En effet, depuis longtemps, la jurisprudence jugeait, précisément en matière de licenciement économique, que l'employeur était seul juge des mesures les plus appropriées pour redresser la situation de l'entreprise. La nécessité de « *l'organisation décidée dans l'intérêt de l'entreprise* »¹⁰³³ ne fait pas de doute mais il n'appartient « *ni aux salariés ni au juges de substituer leur appréciation à celle de l'employeur quant à la conduite de l'entreprise* »¹⁰³⁴. Cela signifie que l'employeur dispose d'un droit discrétionnaire de résiliation unilatérale, prolongement naturel de son droit de propriété. Pourtant, il est courant d'affirmer que l'évolution du droit positif avait affaibli la solution de l'employeur seul juge. Ainsi, un contrôle restrictif du licenciement pour motif économique a été mis en place afin de favoriser la préservation de l'emploi¹⁰³⁵. Il convient alors de préciser l'objet et l'étendue de ce contrôle pour déterminer le contenu de l'intérêt de l'entreprise et, spécialement, pour expliquer la source de la prise en compte de l'intérêt des salariés en matière de licenciement économique.

Actuellement, le licenciement pour motif économique fait l'objet d'un régime autonome qui concerne les causes permettant de licencier un salarié pour des considérations étrangères à sa personne¹⁰³⁶. En outre, le motif économique implique nécessairement la suppression d'emploi, à laquelle l'article L. 1233-3 assimile la transformation de l'emploi ou la modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail. Le licenciement économique est défini par l'article L. 1233-3 du Code de travail (L. 321-1 ancien) comme « *le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une*

¹⁰³² M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ., 2004, n° 869, p. 509.

¹⁰³³ Cass. soc., 1^{er} avril 1992 : Bull. civ. V, n° 223, p. 138 ; RJ com., 1992, n° 597 : « *à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise, une réorganisation de celle-ci peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emplois ou d'une modification substantielle du contrat de travail* ». – V. également Cass. soc., 26 janvier 1994, 2 arrêts : Dr. social 1994, p. 273 et 381.

¹⁰³⁴ Cass. soc., 4 janvier 1980 : Bull. civ., n° 6, p. 5. – Cass. soc., 30 mai 1980 : Bull. civ., V, n° 473.

¹⁰³⁵ La loi du 3 janvier 1975 relatif au licenciement pour cause économique a consacré la nécessité d'une autorisation préalable par l'autorité administrative. Toutefois, cette autorisation administrative préalable a été supprimée totalement par les lois du 3 juillet 1986 et du 30 décembre 1986 pour lui substituer un contrôle judiciaire *a posteriori*. En revanche, la loi du 25 janvier 1985 organisant le régime du redressement judiciaire a institué une autorisation judiciaire de licencier, délivrée soit par le juge commissaire soit par le tribunal de commerce : V. J. PÉLISSIER, G. AUZERO et E. DOCKÈS, « *Droit du travail* », Dalloz, 25^e éd., 2010, n° 518 et 521.

¹⁰³⁶ Sur la notion de motif économique. V. M. HENRY, « *La notion de motif économique* » : Dr. social 1995, p. 551. – J.-P. LABORDE, « *La cause économique de licenciement* » : Dr. social 1992, p. 774. – J. PELISSIER, « *La cause économique de licenciement* » : RJS 1992, p. 527. – A. PHILBERT, « *Le droit prétorien du licenciement économique* » : Dr. social 1998, p. 35. – Ph. WAQUET, « *La cause économique du licenciement* » : Dr. social 2000, p. 168 ; du même auteur « *Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique* » : Dr. social 1995, p. 482.

suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. ». On peut considérer qu'en visant les difficultés économiques et mutation technologiques, le législateur a voulu se référer à deux situations dans lesquelles il estime que l'intérêt de l'entreprise justifie le prononcé du licenciement¹⁰³⁷. La liste des causes économiques de licenciement énoncées par cet article n'est du reste pas limitative, l'article L. 1233-3 faisant précéder cette liste de l'adverbe « *notamment* ». Ainsi, certaines hypothèses ont été ajoutées par la Cour de cassation comme, par exemple, la réorganisation en vue de protéger la compétitivité de l'entreprise¹⁰³⁸ et, plus généralement, la cessation de l'activité de l'entreprise quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur, à un détournement de son pouvoir ou à sa légèreté blâmable¹⁰³⁹. De plus, dans ces différentes situations, l'intérêt de l'entreprise est souvent sous-jacent¹⁰⁴⁰.

276. Toutefois, c'est indirectement que l'intérêt de l'entreprise fonde le licenciement économique. Celui-ci est justifié par une réorganisation de l'entreprise, elle-même motivée par l'intérêt de l'entreprise¹⁰⁴¹. Cependant, le contrôle exercé par la Cour de cassation ne semble pas favoriser une distinction entre l'intérêt de l'entrepreneur et celui de l'entreprise mais procède davantage d'une acception fonctionnelle de l'entreprise tendant à concilier des intérêts contradictoires insusceptibles de se regrouper dans un intérêt commun et homogène. Plus précisément, le régime spécifique du licenciement économique permet, à certains égards, d'attribuer au salarié un droit contraire à l'intérêt de l'entreprise et non dans l'entreprise. Ainsi, ne constitue pas un licenciement pour motif économique celui qui est prononcé uniquement pour améliorer les performances de l'entreprise¹⁰⁴² ou pour réduire le coût du travail¹⁰⁴³. De même, ne constituent pas des difficultés économiques les fluctuations normales de l'activité, même si elles se traduisent une baisse du chiffre d'affaires et des bénéfices¹⁰⁴⁴. Dans ce contexte, le contrôle exercé

¹⁰³⁷ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 251, p. 127 et s.

¹⁰³⁸ Cass. soc., 5 avril 1995 : Bull. civ., V, n° 123 ; RJS 5/1995, n° 597 ; D. 1995, jur., p. 503, note M. KELLER. – Cass. soc., 10 mai 1994 : RJS 6/1994, n° 674. – Cass. soc., 23 mai 1995 : RJS 8-9/1995, n° 871.

¹⁰³⁹ Cass. soc. 16 janvier 2001 : Bull. civ., V, n° 10 ; RJS 3/2001, n° 294. – Cass. soc., 8 juillet 2009 : RJS 10/2009, n° 773. – Cass. soc., 26 février 1992 : RJS 4/1992, n° 422.

¹⁰⁴⁰ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », n° 680, p. 413, spéc, n° 868 et s.

¹⁰⁴¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 275, p. 103.

¹⁰⁴² J. PÉLISSIER, obs. sous Cass. soc., ass. Plén., 8 décembre 2000 : D. 2001, n° 14, p. 1125. – Cass. soc., 26 novembre 1996 : RJS 1997, n° 266. – Cass. soc., 15 décembre 1998 : RJS 1999, n° 177.

¹⁰⁴³ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 252, p. 128. – M. SCHEIDT, « *La cause réelle et sérieuse du motif économique de licenciement* » : Dr. ouvrier 1993, p. 321.

¹⁰⁴⁴ A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 253, p. 128 ; V. spéc., la jurisprudence citée, p. 129, note n° 86.

dans l'intérêt des salariés contredit l'intérêt social (conçu comme l'intérêt des associés) et l'intérêt de l'entreprise (perçu comme celui de l'entrepreneur) qui supposent la recherche maximum de profit. Paradoxalement, la référence au seul intérêt de l'entreprise ouvrait très largement le champ des licenciements pour motif économique. Consciente de ce résultat la Cour de cassation a remplacé la référence à l'intérêt de l'entreprise par une condition plus stricte. Dans les arrêts Vidéocolor et TRW Repa du 5 avril 1995, la Cour de cassation a considéré que « *la réorganisation de l'entreprise ne peut constituer un motif économique de licenciement que si elle est effectuée pour sauvegarder sa compétitivité* »¹⁰⁴⁵. En outre, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a adopté une nouvelle définition du licenciement économique plus restrictive en limitant les causes économique de licenciement à trois situations¹⁰⁴⁶. Notamment, cette loi a maintenu l'hypothèse de la réorganisation, mais elle a remplacé le terme de sauvegarde de la « *compétitivité* » de l'entreprise par celui de sauvegarde de l'« *activité* » de celle-ci. Toutefois, le législateur a été censuré par le Conseil constitutionnel au motif que cette définition « *interdit à l'entreprise d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants* »¹⁰⁴⁷. Cette analyse, confirmée par la Cour de cassation¹⁰⁴⁸, montre qu'en toute hypothèse, le contrôle judiciaire du licenciement

¹⁰⁴⁵ Cass. soc., 5 avril 1995 : D. 1995, jur., p. 503, note M. KELLER. – V. N. MAZEAUD, « *Droit de travail* », Montchrestien, 7^e éd. 2010, n° 906, p. 477 : ce revirement de la jurisprudence s'inscrit dans une perspective plus large de déclin de la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise. – A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 255, p. 129 : en posant la condition de compétitivité, il faut bien voir que la Cour de cassation a moins abandonné la référence à l'intérêt de l'entreprise qu'elle n'en a retenu une acception plus précise. C'est seulement si la réorganisation est faite pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise qu'elle constitue un motif économique de licenciement. Il n'en est pas ainsi, en revanche, si elle est réalisée dans un autre but comme celui, par exemple, d'accroître la rentabilité financière de l'entreprise ; V. également, Ibid., n° 260, p. 131 : en tant de déclinaison de l'intérêt de l'entreprise, son interprétation de la compétitivité de l'entreprise peut être plus ou moins large selon le sens que l'on donne à l'objectif du maintien de l'emploi. Preuve s'il en est, qu'à travers la finalité qu'ils assignent à l'employeur, les juges cherchent avant tout de concilier des intérêts contradictoires.

¹⁰⁴⁶ Sur cette question V. J. PÉLISSIER, G. AUZERO et E. DOCKÈS, « *Droit du travail* », Dalloz, 25^e éd., 2010, n° 502, p. 558. – A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 258, p. 130. – Ph. WAQUET, « *Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale* » : Dr. social 2002, p. 264. – V. DAGAN, « *Loi de modernisation sociale et licenciement économique : quelques voies ouvertes au chef d'entreprise* » : D. 2002, Chron., p. 2552. – F. FAVENNEC-HERY, « *Licenciement économique. Du contrôle a priori à la responsabilité a posteriori de l'entreprise* » : RJS 2002, p. 287. – B. MATHIEU, « *La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité (à propos de la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002 du conseil constitutionnel)* » : Dr. ouvrier 2002, p. 44. – J. PÉLISSIER, « *La cause économique de licenciement dans la loi votée le 19 décembre en dernière lecture à l'Assemblée nationale* » : Dr. ouvrier 2002, p. 145.

¹⁰⁴⁷ Cons. Const., décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002 : JO. 18 janvier 2002, p. 1053.

¹⁰⁴⁸ Cass. soc., 11 janvier 2006, (deux arrêts), Pages jaunes : Bull. civ., n° 26, 27 et 28 ; J.-Y. FROUIN, « *Retour sur la notion de sauvegarde de compétitivité* » : RJS 3/2006, p. 187. – J. PÉLISSIER, « *Réorganisation d'entreprise, sauvegarde de compétitivité et contrôle du juge* » : D. 2006, jurispr., p. 1013. – J.-E. RAY, « *revirement ? quel revirement ?* » : Dr. social 2006, p. 138. – G. COUTURIER, « *Le licenciement de*

économique a pour objectif de sauvegarder le maximum d'emplois¹⁰⁴⁹. Cette perspective tend à rationaliser l'action de l'employeur et à lui imprimer une certaine teinte sociale, mais il faut admettre qu'elle trouve sa source dans la conciliation d'intérêts opposés. Afin de s'assurer de la légitimité de la mesure prise, le juge doit se livrer à la pesée des intérêts en présence : l'intérêt (social) des salariés et l'intérêt (strictement financier) de l'entreprise, individuelle ou sociale, qui suppose la maximisation de profit et la réduction des coûts et des charges. Surtout, si l'intérêt de l'entreprise coïncide nécessairement avec l'intérêt de l'employeur, entrepreneur

compétitivité » : semaine sociale Lamy 23 janvier 2006, n° 1245, p. 8. – Ph. WAQUET, « *Emploi et profit* » : RJS 5/2006, p. 351.

¹⁰⁴⁹ Dans ce sens, le licenciement économique doit obéir à certaine procédure complexe, notamment, consultation des représentations du personnel et l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan social, actuellement appelé plan de sauvegarde de l'emploi qui est obligatoire pour les entreprises qui emploient au moins 50 salariés et qui envisagent de licencier d'au moins dix salariés (article L. 1233-61 du Code de travail). Ce plan a pour objectif d'éviter les licenciements ou d'en diminuer le nombre. Ce plan permet également aux salariés de bénéficier d'un droit de reclassement ou d'une priorité de réembauchage. Quant au droit de reclassement, il ne s'agit pas d'un droit *stricto sensu* mais d'un objectif qui consiste à rechercher toutes les possibilités pour consacrer le principe suivant lequel le licenciement doit être la mesure ultime. Autrement dit, l'employeur a une obligation de reclassement vis-à-vis de chaque salarié, afin d'éviter son licenciement (article L. 1233-4 du Code de travail). Cependant, il convient de préciser que l'employeur n'a pas une obligation de résultat mais une obligation de moyen consistant à tout faire pour reclasser le salarié : A. FABRE, « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 306, p. 154. – Il importe de rappeler qu'un arrêt rendu par la Cour de cassation réunie en assemblée plénière du 8 décembre 2000 apparaît en faveur de la théorie de l'employeur seul juge. (Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000 : Dr. social 2001, p. 126, concl. Ph. DE CAIGNY : « *L'employeur seul juge du choix économique* » ; Dr. social 2001, p. 133, note A. CRISTAU ; JCP G 2001, II, n° 10498, p. 617, note F. DUQUESNE ; D. 2001, p. 1125, note, J. PELISSIER : « *le juge doit seulement vérifier que les procédures de licenciement ont été respectées, que les licenciements sont la suite de suppression ou de transformation d'emplois et que la recherche de reclassements possibles a été réalisée ; il ne lui appartient pas d'aller au-delà et de se substituer au chef d'entreprise pour choisir quel était le meilleur type de réorganisation parmi toutes les solutions de réorganisation possibles* » ; Dr. Ouvrier 2001, p. 357, note M. HENRY et F. SARAMITO. – V. également, A. LYON-CAEN, « *L'avenir du contrôle du pouvoir du chef d'entreprise* », In Mélanges DESPAX 1992, p. 95. – P.-H. ANTONMATTEI, « *Le motif économique du licenciement : les limites du contrôle judiciaire* » : RJS 2001, p. 95. – A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, « *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit de l'emploi* » : Dr. social 2001, p. 417). En l'espèce, le rapport d'expertise faisait apparaître trois solutions permettant de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. La première solution entraînerait la suppression de 86 emplois, la deuxième 213, le troisième 318. C'est cette troisième solution qui a été retenue par l'employeur mais les juges de fond ont décidé que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse au motif que la solution retenue excédait la mesure de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise. Cet arrêt a été cassé au motif qu'il n'appartient pas aux juges « *de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles* ». Toutefois, cette décision contestable semble remise en cause dans plusieurs arrêts rendus au cours de l'année 2006 (Cass. soc., 11 janvier 2006, (deux arrêts), Pages jaunes, préc. – Cass. soc., 13 mai 2006 : Semaine sociale Lamy 2006, n° 1265, p. 10, obs. F. C.) et qui lient le caractère légitime de la réorganisation non seulement à la prévention des difficultés économiques mais également à la sauvegarde d'un certain nombre d'emplois. Cette analyse se renforce par la lecture du communiqué de la Cour de cassation diffusé sur son site internet et ayant pour objet de préciser la portée des arrêts rendus le 11 janvier 2006. Selon la Cour de cassation la réorganisation décidée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise doit comprendre un objectif de prévention propre et qui intègre naturellement l'objectif de sauvegarder le maximum d'emplois.

individuel ou société, il ne peut englober l'intérêt des salariés pour cette raison évidente que le droit à l'emploi n'est pas un droit subjectif¹⁰⁵⁰. On ne peut en effet, sur le fondement de l'emploi, invoquer un droit de créance contre l'État et encore moins contre l'employeur¹⁰⁵¹. Le Conseil constitutionnel a précisé que le droit à l'emploi n'est pas un droit subjectif, dont chaque particulier peut exiger le respect, mais un objectif qui s'impose à l'État¹⁰⁵². Dans son étude sur le pouvoir de l'employeur, A. FABRE conclut ainsi que, « en règle générale, l'employeur décide de l'action à mener pour atteindre la finalité poursuivie. Ce n'est que très rarement qu'il doit démontrer que son action est objectivement nécessaire à la réalisation du but fixé. Cette observation tempère l'idée particulièrement répandue aujourd'hui selon laquelle l'employeur serait de moins en moins libre de ses choix »¹⁰⁵³.

En dernière analyse, le contrôle judiciaire de proportionnalité s'impose en réalité en raison du caractère particulier du contrat de travail qui place le salarié sous l'autorité de l'employeur. Le contrat de travail attribue à l'employeur des pouvoirs régaliens qui induisent un fort risque d'abus. Il est normal que le juge intervienne pour sanctionner les abus de l'employeur à l'égard des droits et libertés du salarié qui est la partie la plus faible¹⁰⁵⁴. En outre, si l'action de l'employeur a été rationalisée à travers la spécification de l'intérêt de l'entreprise et l'octroi de certaines finalités sociales, il n'en reste pas moins que l'intérêt des salariés et celui de l'entrepreneur demeurent des intérêts catégoriels et contradictoires qui résistent à la personnification.

¹⁰⁵⁰ M.-Th. REVET, « La liberté du travail », In *Libertés et droit et fondamentaux*, Dalloz, 14^e éd., 2008, p. 723, spéc., p. 762 et s.

¹⁰⁵¹ X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause de licenciement » : JCP G 2000, I, n° 254, p. 1647.

¹⁰⁵² Cons. Const., 28 mai 1983 : D. 1984, p. 159, note L. HAMON. – V. cependant, X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause de licenciement » : JCP G 2000, I, n° 254, p. 1647.

¹⁰⁵³ A. FABRE, « Le régime du pouvoir de l'employeur », LGDJ., 2010, Préface A. LYON-CAEN, n° 340, p. 168 : « L'examen des solutions jurisprudentielles et des règles étatiques a permis de mettre en évidence ce qui est véritablement imposé à l'employeur : si ce dernier est tenu d'agir vers une fin déterminée, l'intérêt de l'entreprise, il est libre de choisir par quel moyen il entend l'atteindre. Quoique déterminée, la finalité des actions de l'employeur est largement comprise. Ce n'est que dans des rares circonstances qu'elle est spécifiée (la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise) ou qu'elle prend une corrélation plus sociale (le maintien de l'emploi) ».

¹⁰⁵⁴ R. BERNARD-MENORET et V. FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail » : Petites affiches, 05 mars 2009 n° 46, p. 102. – V. notamment, l'article L. 1321-3 du Code du travail (ancien article L. 122-35) qui dispose que « le règlement intérieur ne peut apporter au droit de la personne et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne serait pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

277. Cette conception hybride de l'intérêt social¹⁰⁵⁵ mêlant intérêt de l'entrepreneur (entrepreneur individuel ou société) et ceux des salariés n'est pourtant pas inconnue des tribunaux. Ainsi, dans l'arrêt Fruehauf, les conclusions de l'avocat général font allusion à la notion de l'intérêt de l'entreprise et exposent que les dirigeants doivent gérer la société dans un but autre que celui des apporteurs des capitaux. On sait, cependant, que cette décision de la cour d'appel de Paris est restée sans lendemain¹⁰⁵⁶. D'ailleurs, peu de temps après, la Cour de cassation a censuré l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes dans l'affaire « Cassegrain » à propos d'une cession de contrôle et qui faisait référence à l'intérêt de l'entreprise¹⁰⁵⁷.

278. En tout état de cause, si le contenu de l'intérêt social demeure controversé, la doctrine majoritaire évoque le délit d'abus des biens sociaux pour conclure sur la question. La contrariété de l'acte à l'intérêt social est certes l'élément clef de l'incrimination de l'abus des biens sociaux. Mais les décisions de justice rendues à son propos ont alimenté la controverse concernant une définition de l'intérêt social, oscillant entre intérêt commun des associés et intérêt de l'entreprise¹⁰⁵⁸. En effet, 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 pour ce motif qu'elle a refusé de reconnaître l'efficacité de la ratification des actes délictueux par les associés¹⁰⁵⁹, ce qui a conduit certains auteurs à conclure que l'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise¹⁰⁶⁰.

Pourtant, si les intérêts des créanciers et des salariés sont inclus dans l'intérêt social, ils devraient pouvoir invoquer ce mode de protection de l'intérêt social afin de

¹⁰⁵⁵ Sur cette conception hypéridée, V. notamment, J. PAILLUSSEAU, « *Entreprise, Société, Actionnaires, Salariés, Quel rapport?* » : D. 1999, chron., p. 157, spéc., n° 33. – G. LYON-CAEN, « *L'entreprise en droit du travail. Etude de droit contemporain* », Travaux de l'institut du droit comparé, t. XXX, pp. 323-337. – A. BRUN, « *Le lien d'entreprise* », JCP G 1962, I, 1719. – M. TROCHU, « *L'entreprise : antagonisme ou collaboration du capital et du travail ?* » : RTD civ., 1969, pp. 681-717. – A. CONSTANTIN, « *L'intérêt social : quel intérêt ?* », in Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL, Mélanges, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 317.

¹⁰⁵⁶ A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », LGDJ., 1978, p. 137 et s.

¹⁰⁵⁷ Rennes 23 février 1968 : JCP G 1969, II, 1622, note J. PAILLUSSEAU et R. CONTIN ; D. 1968, 147, note R. CONTIN ; PAILLUSSEAU et CONTIN, « *La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'Appel de Rennes)* » : JCP 1969, I, 2287. – Cass. com., 21 janvier 1970 : JCP G 1970, II, 16541, note B. OPPETIT ; Rev. sociétés 1970, p. 292, note J.G. ; RTD com., 1970, p. 738, n° 16, obs. R. HOUIN.

¹⁰⁵⁸ Th. FAVARIO, « *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français* », thèse, Lyon 2004, n° 25, p. 13.

¹⁰⁵⁹ Cass. crim., 30 septembre 1991, Bull. joly 1992, § 40, note D. BARADERIE ; Rev. sociétés 1992, p. 356, note B. BOULOC. – Cass. crim., 26 mai 1994, Bull. joly 1994, § 361. – Cass. crim., 12 décembre 1994 : Bull. joly 1995, § 150.

¹⁰⁶⁰ R. CONTIN, « *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes* », Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1975, n° 549 et s. – Sur cette question voir également, A. DEKEUWER, « *Les intérêts protégés en cas d'abus des biens sociaux* », JCP E 1995, I, n° 500, p. 421. – A. PIROVANO, « *La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* », D. 1997, chron., p. 189.

protéger leurs intérêts. L'existence d'un droit suppose en effet une protection directe et immédiate¹⁰⁶¹. Or, concernant la recevabilité de l'action des salariés du chef d'abus des biens sociaux, la jurisprudence est constante et répond toujours par la négative, qu'elle soit introduite par le salarié¹⁰⁶², par le comité d'entreprise¹⁰⁶³ ou par les syndicats¹⁰⁶⁴. « *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* »¹⁰⁶⁵.

279. La même observation s'impose s'agissant de l'action des créanciers, sur laquelle la jurisprudence est constante et répond toujours par la négative. Il s'agit essentiellement des fournisseurs, des prêteurs et des consommateurs. Les créanciers peuvent certes 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. Mais la question est de savoir si la prise en compte par le droit de la protection de leurs intérêts peut être interprétée comme une référence à l'intérêt transcendant de l'entreprise lui-même inclus dans l'intérêt social.

280. Selon N. MATHEY, « *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* »¹⁰⁶⁶. Il est impossible d'affirmer que l'intérêt social protégé par le délit d'abus des biens sociaux est l'intérêt de l'entreprise et inclut la défense des intérêts des créanciers. Les créanciers ne peuvent pas, en effet, recourir aux modes de protection des intérêts internes : d'une part, l'action civile des créanciers fondée sur un abus des biens sociaux est irrecevable¹⁰⁶⁷ ; d'autre part, l'action des créanciers en nomination d'un administrateur provisoire est encore irrecevable¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶¹ A. DEKEUWER, « *Les intérêts protégés en cas d'abus des biens sociaux* », JCP E 1995, I, n° 500, p. 421. – Cass. crim., 20 mai 2009 : JCP E 2009, 1977, note R. SALOMON.

¹⁰⁶² Cass. crim. 7 mars 2000 : Bull. joly. 2000, § 169, p. 720, note P. SCHOLER. – Cass. crim., 28 janvier 2004 : RJDA 2004, n° 721. – Cass. crim., 23 février 2005 : Bull. joly 2005, § 190, p. 845, note P. SCHOLER.

¹⁰⁶³ Cass. crim., 7 juin 1983 : Rev. sociétés 1984, p. 119, note B. BOULOC. – Cass. crim., 4 novembre 1988 : Bull. joly 1989, § 59, note M. JEANTIN. – Cass. crim., 11 décembre 2002 : Bull. joly 2003, § 90, p. 451, note P. SCHOLER.

¹⁰⁶⁴ Cass. crim., 23 février 2005 : RJDA 2005, n° 992. – Cass. crim. 11 mai 1999 : Bull. joly 1999, § 234, note J.-F. BARBIERI. – Paris 23 mars 1999 : JCP E 1999, p. 1657.

¹⁰⁶⁵ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 373, p. 159.

¹⁰⁶⁶ N. MATHEY, thèse, préc., n° 371, p. 158.

¹⁰⁶⁷ Cass. crim., 24 avril 1971 : Rev. sociétés 1971, p. 608, note B. BOULOC ; RTD civ., 1971, p. 688, note P. HEBRAUD. – Cass. crim., 27 juin 1995 : Bull. joly 1995, § 375, note P. LE CANNU. La solution vaut pour toutes les catégories des créanciers : le franchiseur : Cass. crim., 9 novembre 1992 : Rév. sociétés 1993, p. 433, note B. BOULOC ; Bull. joly 1993, § 83. La caution : Cass. crim., 25 novembre 1975 : Rev. sociétés 1975, p. 655, note B. BOULOC ; JCP G 1976, II, 18476, note M. DELMAS-MARTY.

¹⁰⁶⁸ Cass. com. 14 février 1989 : Rev. sociétés 1989, p. 633, note D. RANDOUX.

En définitive, on peut conclure avec N. MATHEY que « *cette analyse s'oppose à la conception libérale des devoirs des dirigeants de sociétés. Elle est directement contredite par BERLE et MEANS, qui soutenaient que les dirigeants ne devaient pas maintenir des salaires trop élevés. La doctrine de l'entreprise est une tentative de trouver une troisième voie entre le capitalisme américain et le socialisme d'État*¹⁰⁶⁹. Le retour actuel de l'actionnaire sur le devant de la scène juridique contredit l'assertion fondamentale de cette thèse. Il a parfois été interprété comme une éviction des salariés »¹⁰⁷⁰.

281. Conclusion de la section 2. L'intérêt de l'entreprise ne ressemble guère à celui des autres personnes morales. Même si l'on admet son existence, force est de relever qu'il n'est pas un intérêt homogène¹⁰⁷¹. « *Surtout, c'est la notion de but commun et donc ici d'intérêt de l'entreprise qui a prêté le plus le flanc à la critique tant il est vrai que l'entreprise, si elle est certainement une collectivité, n'est pas encore – et pour longtemps – une véritable communauté à finalité homogène* »¹⁰⁷². C'est en droit du travail que l'intérêt de l'entreprise est souvent évoqué¹⁰⁷³. Toutefois, nonobstant les tentatives tendant à faire de l'entreprise une personne morale, force est de reconnaître qu'elle n'est pas constituée autour d'intérêts communs mais opposés¹⁰⁷⁴. Le nier « *serait la négation de tout le droit du travail fondé sur l'équilibre des intérêts rivaux dans l'entreprise* »¹⁰⁷⁵. Le droit positif affirme, en effet, son hostilité à la personnification des intérêts hétérogènes. L'homogénéité d'intérêts est une condition essentielle pour que l'on puisse parler d'intérêt collectif. Ainsi, il n'est pas concevable qu'un seul représentant ou dirigeant d'une entreprise puisse représenter en même temps des intérêts opposés et divergents, cela serait contraire à la réalité des choses. Enfin, ce n'est pas parce un intérêt est judiciairisé ou organisé qu'il est juridiquement distinct. Si l'intérêt du groupement est collectif et commun¹⁰⁷⁶, le juge doit résoudre le conflit entre les membres conformément à cet intérêt spécifié et sélectionné par l'organisation du groupement ; c'est la raison d'être du groupement et il importe peu que celui-ci soit personnifié ou non. Si, en revanche, le groupement ne dispose pas d'un intérêt commun, c'est-à-dire s'il s'agit d'un groupement de fait dont les intérêts des membres

¹⁰⁶⁹ A. PIROVANO, « *La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* » : D. 1997, chron., p. 189. Il s'agit d'une conception qui a pris naissance en période de guerre froide.

¹⁰⁷⁰ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 371, p. 158. – V. également, R. VATINET, « *Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés: vers une contre réforme de l'entreprise* » : Dr. social 1997, p. 608.

¹⁰⁷¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 444, p. 193.

¹⁰⁷² H. LE NABASQUE, « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit de l'entreprise* », thèse, Rennes 1986, n° 38, p. 49

¹⁰⁷³ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise* » : RJS 4/2000, p. 260. – P. WAQUET, « *Le juge et l'entreprise* » : Dr. social 1996, p. 472 et s.

¹⁰⁷⁴ L. BOY, « *L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit)* » thèse, Nice 1979, n° 106, p. 72.

¹⁰⁷⁵ G. LYON-CAEN, Rapport sur les groupements et organisations sans personnalité juridique et droit du travail, travaux de l'association H. CAPITANT, 1969, p. 197.

¹⁰⁷⁶ Le qualificatif *collectif* exprime la nécessité de plusieurs personnes alors que le qualificatif *commun* exige que les intérêts des membres soient identiques et homogènes.

sont hétérogènes et opposés, alors il est impossible qu'il puisse prétendre à une organisation personnifiante ou personnalisée puisqu'aucun organe ne peut représenter des intérêts contradictoires ou catégoriels, à moins d'être un arbitre entre les différents intérêts des membres. En droit positif cette tâche est confiée au juge qui doit décider lequel des intérêts des membres constitue l'intérêt prioritaire suivant une appréciation souvent *in concreto*. En elle-même, la judiciarisation de l'intérêt du groupement (intérêt de la famille, intérêt de l'entreprise) n'est pas de nature à doter le groupement d'un intérêt propre justifiant une aptitude à la personnification.

282. Conclusion du chapitre I. Pour tenter de dissocier l'intérêt de la société unipersonnelle de l'intérêt de l'associé unique, on peut certes soutenir cette idée que l'intérêt de la personne morale ne se réduit pas à l'intérêt de l'associé unique en se référant à l'intérêt de l'entreprise conçu comme incluant les intérêts des différents participants à la vie et au fonctionnement de celle-ci. En envisageant l'entreprise comme un centre d'intérêts, cette conception procède de la même logique technique que la théorie classique. Les deux théories tentent en effet de prouver que l'intérêt social ne se réduit pas à l'intérêt d'une seule personne pour faire ressortir l'existence d'une distinction d'intérêts. D'une manière plus précise, la prise en compte de l'intérêt des salariés et des créanciers dans la société permet de dire que l'intérêt social traduit en réalité l'intérêt de l'entreprise. Par conséquent, le fait d'assimiler l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise permet de constater l'existence d'un intérêt collectif dans toutes les sociétés personnes morales, peu important que la société soit unipersonnelle ou pluripersonnelle.

En d'autres termes, pour les partisans de la société unipersonnelle, la société organise l'entreprise en tant qu'entité, économique et sociale, autonome et distincte de la personne de son propriétaire puisque l'entreprise réunit une multiplicité d'intérêts concurrentiels. La prise en compte de ces divers intérêts permet d'instaurer un certain contrôle de la gestion de l'entreprise et réalise, par conséquent, une certaine dissociation entre pouvoir et propriété en posant certaines limites aux prérogatives des propriétaires de l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise est donc distinct de l'intérêt du chef de l'entreprise car celui-ci doit agir dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. Dans ce sens, les dirigeants sont tenus de gérer l'entreprise sociale non seulement dans l'intérêt des apporteurs des capitaux mais aussi dans l'intérêt commun aux divers participants à l'entreprise, notamment les salariés et les créanciers. Il s'ensuit que les salariés ou les créanciers peuvent mettre en œuvre les modes de protection de l'intérêt social afin de protéger leurs intérêts. En outre, selon cette conception institutionnelle, ce sont les interventions légales et impératives qui fondent la limitation de la liberté de l'entrepreneur et manifestent, par conséquent, l'existence d'un intérêt distinct de l'entreprise. Ainsi, selon M. PAILLUSSEAU, l'organisation de la société ne peut être laissée totalement à la discrétion de ses fondateurs ou de ses utilisateurs, dès lors qu'apparaissent des

intérêts qui s'opposent aux leurs, et que le législateur décide de les prendre en compte¹⁰⁷⁷.

283. En droit positif, cependant, plusieurs objections fondamentales s'opposent à l'admission de cette théorie et par voie de conséquence à la personnification de la société unipersonnelle. En effet, ce n'est qu'indirectement que la notion d'intérêt de l'entreprise est invoquée. S'il existe des limites au pouvoir de l'entrepreneur, c'est parce que ses pouvoirs ne doivent pas être exercés au-delà de ce que justifient les nécessités de la gestion de l'entreprise. Au-delà de cette limite l'intérêt de l'entreprise ne peut pas ressembler des intérêts homogènes ce qui constitue un obstacle à la personnification.

En outre, cette conception est une manifestation de la transcendance de l'intérêt de la personne morale puisqu'elle permet d'inclure dans l'intérêt social d'autres intérêts que ceux des membres du groupement. Or cette conception suppose inévitablement une déformation de ce qui constitue la nature juridique de l'intérêt social. Plus clairement, l'intérêt de la personne morale est apparu un intérêt immanent. Il n'est transcendant que dans des cas exceptionnels et en vertu d'une habilitation légale qui donne la possibilité d'agir au delà du cercle des membres du groupement. Ce n'est pas le cas de la société qui est un exemple par excellence de l'immanence de l'intérêt de la personne morale. La première raison d'être de toute société est l'enrichissement des associés. De même, le droit positif affirme l'exclusion des intérêts des salariés et des créanciers du champ des intérêts composant l'intérêt social. *« 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 différente. Les apporteurs de capitaux recherchent la meilleure rentabilité de leur mise alors que les salariés souhaitent la conservation de leur emploi et le gain de salaires suffisants »*¹⁰⁷⁸.

Cela étant, l'échec des tentatives tendant à découvrir un intérêt collectif dans la société unipersonnelle par référence à l'entreprise oblige à faire porter l'analyse sur les palliatifs à l'intérêt collectif. Mais c'est pour constater que ceux-ci ne permettent pas de mieux rendre compte de la personnification de la société unipersonnelle.

¹⁰⁷⁷ J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle » : JCP G 1986, I, 3242.

¹⁰⁷⁸ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 372, p. 158.

CHAPITRE II. UNE REMISE EN CAUSE AU REGARD DE L'ÉCHEC DES PALLIATIFS À L'INTÉRÊT COLLECTIF

284. Si la personnalité morale est une construction technique, on peut envisager l'existence d'un intérêt autonome, sans avoir recours à l'existence d'un intérêt collectif comme préalable à la personnalité. Tel est du moins le palliatif proposé par une doctrine moderne de la personnalité morale.

Précisément, cette théorie dépasse le cadre de la nature juridique de l'acte constitutif et déplace l'analyse vers la construction et l'organisation afin de trouver les critères d'identification de la personnalité morale. Selon cette doctrine, l'intérêt de la personne morale est immanent et défini comme l'activité finalisée ou organisée. Initialement considérée comme l'émanation d'un groupement de personnes, la personnalité morale est devenue le moyen d'expression juridique de ce qu'entreprennent aussi bien des personnes indépendantes que des groupements de personnes¹⁰⁷⁹. Toutefois, ce palliatif, outre qu'il rompt l'unité que procurait le caractère traditionnellement collectif de l'intérêt de la personne morale, s'avère artificiel. L'immanence de l'intérêt de la société-personne morale constitue une négation de la distinction des intérêts dans la société unipersonnelle et, dès lors, fait obstacle à sa personnification¹⁰⁸⁰. Cette doctrine ne parvient, en effet, pas à faire oublier que la personnalité morale est constituée à partir du groupement et ne démontre pas non plus, de façon convaincante, l'aptitude à la personnalité dans la société unipersonnelle indépendamment de la notion de l'intérêt collectif. En d'autres termes, cette doctrine se heurte, en réalité, à un obstacle insurmontable : l'unicité de l'associé n'est pas conciliable avec les solutions dégagées en droit des sociétés et en droit de la personnalité morale.

285. Dans ces conditions, on devrait se rendre à l'évidence et accepter de voir dans le patrimoine le fondement de la personnalité de la société unipersonnelle. Toutefois, c'est l'unité de la cohérence de la personnalité morale qui serait sacrifiée dans ce cas. Autrement dit, c'est au prix d'une conception fonctionnelle, conduisant à la relativité ou à la variabilité de la personnalité, que l'on propose un tel palliatif.

¹⁰⁷⁹ J. PAILLUSSEAU, « *Le droit moderne de la personnalité morale* » : RTD civ., 1993, p. 705, n° 18. V. aussi du même auteur, « *Le droit est aussi une science d'organisation* » : RTD com., 1989, p. 1 ; « *Les fondements du droit moderne des sociétés* » : JCP G 1984, I, 3148 ; « *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quel rapports ?* » : D. 1999, p. 157 ; « *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit* » : D. 1997, p. 97 ; « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP G 1986, I, 3242 ; « *La nouvelle société par actions simplifiée, Le Big Bang du droit des sociétés* » : D. Affaires 1999, n° 175, p. 1354 et n° 176, p. 1385. – N. MATHEY, thèse, préc., n° 487, p. 210 et s.

¹⁰⁸⁰ En ce sens : N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, n° 104. – N. BARUCHEL, op. cit., n° 44 : l'EURL est en effet une société dotée de la personnalité morale qui, ne comportant qu'un seul associé, n'exprime pas un intérêt collectif mais un intérêt individuel.

Celui-ci conduit à l'éclatement de la notion de personnalité et doit dès lors être rejeté. En outre souscrire à un tel raisonnement rend l'attribution de la personnalité morale inutile et conduit, par voie de conséquence, à la remise en cause de la société unipersonnelle comme personne morale.

Dans cette optique, une remise en cause de la personnalité morale de la société unipersonnelle sera entreprise en trois étapes. L'existence d'une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle ne peut en effet trouver son fondement ni dans la notion d'acte unilatéral, ni dans l'organisation légale de la société, ni dans l'existence de son patrimoine.

Section 1 : L'échec de l'acte unilatéral à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle

Section 2 : L'échec de l'organisation légale à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle

Section 3 : L'échec du fondement patrimonial à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle

Section 1. L'échec de l'acte unilatéral à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle

286. En 1921, DEMOGUE relevait déjà que certains actes juridiques « *qui rejaillissent à l'égard des tiers par la création d'une personne morale* » formaient une catégorie particulière¹⁰⁸¹ et que intérêt des parties à l'acte présentait « *le même aspect par rapport à tous les autres* »¹⁰⁸². De même, selon la doctrine classique, l'acte constitutif d'une personne morale doit reposer sur une pluralité de participants à l'acte et dès lors son caractère collectif ne fait pas de doute. Plus précisément, en droit des sociétés, N.-F. RAAD a justement précisé que la réalité collective est le critère d'existence de la personnalité morale en droit privé¹⁰⁸³. Selon cet auteur, l'existence de couple réalité collective-activité conditionne *a posteriori* l'existence réelle des groupements personnalisés voulus¹⁰⁸⁴. « *Le contenu du consentement semble se scinder en un accord de volonté- réalité collective. À vrai dire, c'est l'affectio societatis, par son nouveau contenu, à savoir le couple réalité collective-activité, qui vient conditionner, a*

¹⁰⁸¹ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. 1. éd., Rousseau 1921, n° 23. – J.-F. OVERSTAKE, « *Essai de classification des contrats spéciaux* », LGDJ., 1969, p. 130 et s : pour cet auteur l'obligation essentielle des associés réside dans le transfert des droits qu'ils détiennent sur les biens apportés.

¹⁰⁸² R. DEMOGUE, préc., n° 16.

¹⁰⁸³ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, p. 90 et s.

¹⁰⁸⁴ N.-F. RAAD, préc., n° 146, p. 144.

posteriori, l'existence de la personnalité morale »¹⁰⁸⁵. Et du reste, avant la loi du 11 juillet 1985, l'absence de contrat de société rendait impossible la constitution d'une société unipersonnelle. Comment expliquer alors l'avènement de l'acte unilatéral de société ? Même si l'on considère que l'admission d'un tel acte constitue une réelle rupture avec la théorie classique, la nécessité d'une justification juridique de cette rupture ne perd pas de sa pertinence, dès lors que celle-ci conduit à déformer la théorie de l'acte créateur d'une personne morale. Toutefois, il semble que l'on n'ait jamais pu avancer une véritable justification juridique de l'acte unilatéral de société.

Dans cette optique, nous envisagerons l'échec des justifications juridiques de l'acte unilatéral de société (§1) avant de traiter de la possibilité d'élaborer une théorie unitaire et cohérente de la nature juridique de l'acte fondateur d'une personne morale (§ 2).

§ 1. L'échec des justifications juridiques de l'acte unilatéral de société

287. L'acte est au fondement de la personnalité morale. La question de la nature juridique de l'acte de constitution d'une personne morale fait l'objet de nombreux débats en doctrine¹⁰⁸⁶. L'incertitude, cependant, résulte principalement du fait que l'acte ne doit pas présenter un obstacle à l'autonomie de l'intérêt de la personne morale *a posteriori*, c'est-à-dire pendant la vie de celle-ci. En revanche, pour ce qui nous intéresse, l'admission de l'acte unilatéral de société paraît condamné par l'analyse traditionnelle de l'acte de constitution d'une personne morale en général et de l'acte créant une société-personne morale en particulier. Encore faut-il, cependant, s'en assurer en réfutant les deux types d'arguments tendant à justifier un tel acte.

Le premier argument réside dans la thèse de l'absorption de la personnalité morale par les conditions de forme et notamment l'immatriculation. En conférant au formalisme un rôle déterminant dans l'existence de la personnalité morale, et en laissant supposer un retrait du rôle de la volonté dans le droit des sociétés, cette thèse fait de l'immatriculation un élément suffisant pour l'existence d'une société-personne morale. L'immatriculation de la société déclenche ainsi une procédure d'autonomisation de l'intérêt. Toutefois, cette conception ne semble pas pouvoir faire l'économie de l'importance de la nature juridique de l'acte constitutif. Selon G. WICKER, l'existence de la personnalité morale, de même que son régime, prennent

¹⁰⁸⁵ N.-F. RAAD, *op. cit.*, n° 76, p. 76; V. aussi Ibid., n° 146, p. 144 : selon cet auteur « il est intéressant de constater, à la suite de l'examen des positions jurisprudentielles et doctrinales sur les personnes morales fictives, que les situations abusives de droit commun se cristallisent, tantôt sur le couple accord de volonté-acceptation de la réalité collective, tantôt sur le couple but activité. De même, fiction et simulation impliquent la divisibilité de fait du couple accord de volonté réalité collective ».

¹⁰⁸⁶ V. sur cette question A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, p. 16 et s - R. CABRILLAC, « L'acte juridique conjonctif en droit privé français », LGDJ., 1990, Préface P. CATALA, n° 255 et s. - N. MATHEY, thèse, préc., n° 485, p. 209 et s.

leur source dans l'acte juridique. C'est donc l'analyse de cet acte qui devrait constituer la base de l'étude des personnes morales¹⁰⁸⁷.

288. Or, sur ce terrain de la nature juridique de l'acte de constitution d'une personne morale, la doctrine favorable à la société unipersonnelle n'est pas dépourvue d'argument. L'abandon de toute référence à une réalité collective au stade de l'acte juridique peut être conforté par l'admission de la personnalité morale de la fondation. Très tôt, il a été admis la légitimité de l'intérêt que pouvait avoir une seule personne à la création d'une fondation¹⁰⁸⁸. Cependant, s'il est possible de rapprocher l'acte unilatéral de société de l'acte unilatéral de fondation, il est également permis de douter de la pertinence de ce rapprochement. Et même, si la particularité de l'acte de fondation peut fournir un riche enseignement en la matière, celui-ci interdit au contraire de légitimer l'acte unilatéral de société pour fonder une personne morale.

Ainsi, l'acte unilatéral de société ne trouve sa justification ni dans la conception formaliste (A) ni dans l'acte de fondation (B).

A. L'échec de la conception formaliste à justifier l'acte unilatéral de société

289. Un exposé critique de la conception formaliste (1°) est nécessaire avant de dégager les conséquences de cette conception quant à la société unipersonnelle (2°).

1° Exposé critique de la conception formaliste de la constitution de la personne morale

290. « Généralement, les règles afférentes à la publicité en droit des sociétés étaient considérées comme relevant des règles de forme. L'effet de ces règles n'était pas en mesure d'écarter totalement l'apparence, il n'était non plus en mesure d'absorber la réalité»¹⁰⁸⁹. En effet, le registre du commerce institué par la loi du 18 mars 1919, n'avait qu'un rôle de centralisation et de renseignement¹⁰⁹⁰. En outre, pour les sociétés, la publicité au registre du commerce a longtemps été secondaire et pratiquement dépourvue de sanction¹⁰⁹¹. Ainsi, avant la réforme de 1978, la personnalité morale était reconnue

¹⁰⁸⁷ G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 229, p. 218 ; V. également, Ibid., n° 246, p. 236 : la nécessité d'un intérêt distinct recouvre la double exigence que l'acte fondateur du groupement fasse apparaître un intérêt juridique, et que cet acte soit opposable aux tiers ; ce dont il résulte que c'est à cet acte qu'il appartient de déterminer l'intérêt dont le groupement est en charge. ; Ibid., n° 242, c'est donc cet acte qui détermine l'existence et le régime juridique du groupement.

¹⁰⁸⁸ J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », op. cit., n° 41.

¹⁰⁸⁹ N.-F. RAAD, « L'abus de la personnalité morale en droit privé », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 36, p. 34 et s.

¹⁰⁹⁰ N.-F. RAAD, « L'abus de la personnalité morale en droit privé », LGDJ., 1991, préface F. TERRÉ, n° 36, p. 34.

¹⁰⁹¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 666, p. 311 et s.

aux sociétés civiles en l'absence de toute formalité de publicité¹⁰⁹² et par le seul effet de la rédaction définitive de l'acte de société.

Avant la loi de 1966, l'existence réelle de la personnalité se manifestait tantôt par une existence conditionnelle¹⁰⁹³, tantôt par une existence de fait. La volonté des parties déterminait la réalité de cette existence¹⁰⁹⁴. Autrement dit, de la réalité d'un contrat de société dépendait l'existence réelle d'une personne morale.

291. Les réformes de 1966 et de 1978 ont bouleversé les données du problème en laissant supposer un retrait du rôle de la volonté dans le droit des sociétés¹⁰⁹⁵. La publicité est aujourd'hui un élément essentiel de la personne morale. La distinction entre publicité aux fins d'opposabilité et publicité support de l'existence d'une situation perd de sa pertinence. 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 personne morale¹⁰⁹⁶. Plus clairement, le système actuel, en France, est l'acquisition de la personnalité morale par l'effet de l'immatriculation. Ce système présente certes l'avantage de déterminer avec certitude la date à laquelle la personnalité juridique

¹⁰⁹² Req., 23 février 1891 : D. 1891, 1, 331 ; S. 1892, 1, 73, note E. MEYNIAL ; Req., 2 mars 1892 : S. 1892, 1, 497, note E. MEYNIAL. – On peut relever ainsi que les sociétés coopératives étaient soustraites à l'exigence de l'immatriculation. – la loi de 1978, tout en imposant le principe d'immatriculation pour les sociétés civiles, a toléré le maintien de la personnalité morale des sociétés constituées avant elle. Cependant, la loi NRE prévoit désormais, pour les sociétés civiles qui n'étaient pas immatriculées l'obligation de procéder aux formalités d'immatriculation sous peine de perdre la personnalité morale. – N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 35, p. 33 : « *la constitution des sociétés civiles était exempte de toute formalité légale. La logique contractuelle paraît parfaitement expliquer l'existence de la personnalité morale, qui coïncidait nécessairement avec celle de la convention des associés* ». – J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », thèse, op. cit., n° 59, p. 85 : « *Avant la loi de 1966 on admettait en s'appuyant sur les dispositions de l'article 1844 du Code civil, que la personnalité morale apparaissait au moment de la constitution de la société, c'est-à-dire lorsque la volonté collective des associés s'était manifestée, soit par la signature des statuts, soit par la décision de l'assemblée générale constitutive. On accordait aux formalités de publicité une fonction certes importante mais accessoire, leur rôle était de parfaire l'effet de la procédure constitutive* », Ibid : « *cette solution, en fixant l'origine de la personnalité juridique du groupement dans la volonté de ses adhérents, constituait une illustration topique de la thèse dite de la réalité* ».

¹⁰⁹³ P. COULOMBEL, « *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé* », thèse, 1950, p. 109 et 123 : selon COULOMBEL « *entre la constitution et la publicité, la personne morale a une existence conditionnelle. Si l'on admet que l'existence conditionnelle est une existence, on peut soutenir que la personne morale existe avant la publicité. Mais une existence aussi précaire, qui peut être consolidée ou anéantie rétroactivement n'est pas vraiment une existence* ».

¹⁰⁹⁴ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 48, p. 48 ; V. également n° 33 et s : « *classiquement l'existence réelle de la personnalité des sociétés dépendait de l'existence réelle d'un contrat de société. Cette analyse repose nécessairement sur une sélection juridique fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté. Une telle sélection trouve son champ d'élection délimité par les articles 1108 et 1832 C.civ. Par une certaine addition et simplification algébrique des éléments figurant au sein de deux articles précités, il ressort que l'existence réelle du contrat de société réside dans celle d'affectio societatis, microsème de la pluralité des associés, de la mise en commun des apports et de la recherche des bénéfices* ».

¹⁰⁹⁵ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique* », LGDJ., 1998, préface P. DIENER, n° 184, p. 140 et s.

¹⁰⁹⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 666, p. 311 et s.

est acquise. Mais il en résulte surtout que l'existence juridique d'une société en tant que personne morale est refusée en l'absence d'immatriculation.

292. Toutefois, après comme avant 1966¹⁰⁹⁷, une partie de la doctrine propose d'aller plus loin en faisant de l'immatriculation le critère commun de la constitution de la société et de l'existence de la personnalité morale. C'est la thèse de l'absorption de la personnalité morale par l'immatriculation¹⁰⁹⁸. Cette conception purement formaliste a fait l'objet d'abondantes critiques. Il est certes vrai qu'aucune de ces critiques n'est en elle-même déterminante, mais leur ensemble montre que l'économie générale du système ne peut qu'aller à l'encontre de cette conception.

293. Une première critique réside dans la nécessité d'un contrôle des sociétés fictives¹⁰⁹⁹. Le contrôle subjectif ne serait plus opératoire au sein d'une conception mécanisée de la personnalité morale. Celle-ci échapperait à l'emprise du critère de l'*affectio societatis* qui ne concerne que le contrat de société¹¹⁰⁰. Plus clairement, l'immatriculation n'est pas suffisante pour faire naître à la vie juridique, de manière autonome, une entité qui ne répondrait pas aux conditions requises pour l'existence réelle de la société¹¹⁰¹.

294. Une deuxième critique tient au fait que, aussi étroit que soit le lien entre la personnalité morale et les formalités de constitution, le fondement de la personnification ne réside pas dans ces formalités. La procédure d'immatriculation est certes nécessaire, pour la quasi-totalité des organisations, afin d'acquérir la personnalité morale¹¹⁰². Toutefois, le lien entre la personnalité morale et l'immatriculation n'est pas absolu¹¹⁰³. Plus clairement, si l'exigence d'une certaine

¹⁰⁹⁷ H. ROUSSEAU, note sous Req., 13 mai 1929 : S. 1929, I, 289 : pour cet auteur, une société anonyme existe réellement du moment qu'elle présente toutes les apparences d'une société anonyme et agit comme telle. Le seul fait qu'un groupement revêt les formes extérieures d'une société anonyme suffit à lui donner une existence indépendante.

¹⁰⁹⁸ V. sur cette question, Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique* », LGDJ., 1998, Préface P. DIENER, n° 188, p. 140 et s.

¹⁰⁹⁹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique* », préface P. DIENER, LGDJ., 1998, n° 188, p. 142 et s. – on peut noter également que l'immatriculation de la société ne conduit pas à une purge des nullités.

¹¹⁰⁰ N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 43, p. 42.

¹¹⁰¹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique* », préface P. DIENER, LGDJ., 1998, n° 184, p. 140.

¹¹⁰² V. cependant, Cass. com. 28 février 2006 : Rev. sociétés 2006, n° 4, p. 800.

¹¹⁰³ Certaines personnes morales sont dispensées de l'obligation d'immatriculation, V., N. MATHEY, « *quand la réalité dépasse la fiction* », note sous conseil d'État 23 janvier 2006 et Cour de Cassation (com.) 28 février 2006 : Rev. sociétés 2006, n° 4, p. 800 : dans l'arrêt du 28 février 2006 la Cour de cassation, en se fondant sur l'article L.512-30 du Code monétaire et financier (ancien article 635 du Code rural), a décidé que « *les Caisses de crédit agricole mutuel sont dispensées de l'immatriculation au registre du commerce, il en résulte que la personnalité morale de la Caisse est sans lien avec son inscription au registre du commerce* ». Ainsi, on peut relever que l'article 7 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence de la vie politique dispense toujours les parties politiques de toute forme de publicité. Cependant, selon N. MATHEY si l'on voit dans la personnalité morale la technique

forme de publicité favorise l'émergence d'un fort courant doctrinal en faveur d'une conception formaliste et objective relativement à l'existence de la société personne morale, ce formalisme ne peut, en aucun cas, résoudre la question de l'essence même de la personnalité morale.

En vérité, la question de savoir quel critère doit déterminer l'aptitude du groupement à la personnification reste entière. Il est vrai que la personnalité civile des sociétés et associations suppose un vêtement juridique déterminé, en l'absence duquel elle n'existerait pas¹¹⁰⁴. Mais il est vrai aussi que la formalité de l'immatriculation n'est pas ouverte indifféremment à n'importe quelle catégorie de groupement. Plus précisément, si la formalité de publicité permet de déterminer à partir de quel moment une personne morale existe à l'égard des tiers, la question du fondement substantiel de la personnalité morale n'est pas pour autant résolue. La question de l'essence de la personnalité se pose alors sous une autre forme : sous quelles conditions un groupement (une institution ou une organisation) peut-il accéder aux formalités de publicité et d'immatriculation propres aux personnes morales ? Même si l'on admet que l'attribution de la personnalité morale appartient au seul législateur, il est nécessaire d'établir les conditions sans lesquelles il y aurait un obstacle à la personnification. Dans ce sens, la théorie de la fiction doit être rejetée puisqu'elle ne fait que détourner la question essentielle : sous quelles conditions et pour quelles raisons le législateur doit-il ou non attribuer la personnalité morale ? Quels sont les critères sans lesquels, il y aurait, pour raisons de la technique juridique, un obstacle à la personnification ?

juridique par laquelle on assure l'opposabilité des organisations, il est essentiel que cette opposabilité soit assurée par des formalités efficaces. En se fondant sur l'article 44 de la loi NRE, N. MATHEY considère que, les caisses sont des sociétés civiles soumises désormais à l'obligation d'immatriculation, et réclame ainsi d'exiger que les parties politiques procèdent à leur déclaration en préfecture comme toute association. - V. également, V. SIMONART, « *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratique - Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et suisse* », Bruylant-Bruxelles, 1995, Préface P. VAN OMMESLAGHE, n° 406 et 407, p. 356 et s : le fait que des groupements peuvent ainsi acquérir la personnalité sans adopter une forme déterminée de personne morale suffirait à démontrer que la personnalité ne dépend pas de la forme. En réalité, le lien entre l'acquisition de la personnalité morale et l'adoption d'une forme déterminée ne résulte nullement de la dépendance du concept à la forme, mais du principe du légalisme. En vertu de ce principe, tout groupement qui désire acquérir la personnalité morale doit adopter une forme de personne morale prévue par la loi, en remplissant les conditions de fond et en accomplissant les formalités imposées pour cette forme de personne morale (personnes morales typiques) ou se voir reconnaître la personnalité morale par une loi spécial (personnes morales atypiques).

¹¹⁰⁴ G. LEGARDE, « *Propos de commercialiste sur la personnalité morale Réalité ou réalisme ?* », in Études offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 431. - N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 675, p. 316 : l'absence de publicité de l'entreprise comme celle du groupe justifie le refus de leur reconnaître la personnalité.

Selon l'École de Rennes, la personnalité morale est une technique d'opposabilité¹¹⁰⁵. La personnalité morale permet de rendre opposable une organisation. Il ne s'agit pas du groupement mais de l'organisation. N. MATHEY, qui se rapproche de l'École de Rennes, s'en distingue cependant en précisant que « lorsqu'on affirme que la personnalité morale est une technique d'opposabilité d'une organisation construite autour d'un intérêt déterminé, on dit cependant une autre chose. L'organisation n'est pas l'œuvre de la personnalité morale. Elle n'est pas en elle-même sources de règles d'organisation ». Selon cet auteur, « 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 de l'organisation lui-même est opposable et non seulement son existence en tant que fait juridique »¹¹⁰⁶. Dans ces conditions, la technique d'immatriculation est une condition de forme qui permet de rendre opposable l'existence de cet intérêt spécifique, mais elle ne le crée pas. Le législateur fait intervenir l'immatriculation à la fin du processus d'accession à l'autonomie juridique de la société. Il en résulte que loin d'absorber la personnalité morale, l'immatriculation n'intervient que pour clôturer le processus¹¹⁰⁷.

295. Une troisième critique est qu'il ne faut pas confondre l'opposabilité du groupement aux tiers et son aptitude à être sujet du droit. Les débats relatifs à la personnalité morale de la société en formation permettent d'éclaircir la différence entre les deux conceptions.

¹¹⁰⁵ G. WICKER, « Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique », LGDJ., 1997, n° 230 et s. – N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 661 et s.

¹¹⁰⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 663, p. 309: « seules les SNC et la société en commandite simple sont nulles à défaut de publicité au terme d'une disposition dont le maintien devient étonnant. Inversement, un acte d'organisation publié n'entraînera pas toujours une organisation 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 illicite. 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 connaissance ».

¹¹⁰⁷ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique », préface P. DIENER, LGDJ., 1998, n° 184, p. 141. – la théorie de la réalité n'est pas davantage inconciliable avec l'exigence de condition de publicité. Les réformateurs de 1966, en subordonnant – sans rétroactivité – la naissance de la personnalité morale chez les sociétés commerciales à l'immatriculation au RCS, n'ont pas entendu prendre parti dans la querelle réalité, fiction ou ses variantes (G. LEGARDE, « Propos de commercialiste sur la personnalité morale Réalité ou réalisme ? », In Études offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 431.). A partir du moment où le législateur a reconnu à une institution ou à une société le bénéfice de la personnalité morale, cette société, pour apparaître à la vie juridique, doit accomplir cette formalité. Faute de quoi, le bénéfice de la personnalité morale ne serait accordé. Il est vrai que la subordination de la jouissance de la personnalité morale à certaine forme de publicité permet de faire le rejet de la théorie de la réalité concrète qui proclame une accessibilité spontanée à la personnalité morale. Mais il est vrai aussi que les formalités de constitution et d'immatriculation résultent du principe de légalisme et cette exigence de forme permet d'affirmer la théorie de la réalité technique.

L'existence d'une certaine personnalité morale de la société en formation peut aujourd'hui s'appuyer sur les textes et plus précisément sur l'article 5, alinéa 2, de la loi de 1966 (devenu l'article L. 210-6, alinéa 2, du Code de commerce) ainsi que sur les dispositions générales de l'article 1843 du Code civil. Il résulte en effet de ces textes que les engagements souscrits pendant la période de formation, et repris ultérieurement par la société régulièrement immatriculée, sont réputés avoir été souscrits, dès l'origine, par la société. Une telle rétroactivité montre bien l'existence, avant l'immatriculation, d'une personnalité morale au moins embryonnaire¹¹⁰⁸. THALLER, du reste, préconisait déjà une distinction entre personnalité interne et personnalité externe impliquant que l'immatriculation n'ait pour effet que de déclencher les effets attachés à la personnalité morale à l'égard des tiers¹¹⁰⁹. Le rôle de l'immatriculation ne concerne ainsi qu'une existence externe conçue exclusivement sous l'angle des tiers et l'absence d'immatriculation n'a pas pour effet d'empêcher une existence interne de la personnalité morale qui s'annonce dès la signature des statuts ou la tenue de l'assemblée. Dans le même sens, certains auteurs préfèrent soutenir l'existence d'une personnalité morale provisoire¹¹¹⁰ ou, comme Cl.

¹¹⁰⁸ P. FERMONT, « *Les acquisitions immobilières des sociétés non encore immatriculées vues sous l'angle de la publicité foncière* » : JCP G 1980, I, p. 393 : qui remarque que par la reprise rétroactive des engagements le législateur a ainsi reconnu à la société non encore immatriculée une certaine personnalité morale lorsque cette immatriculation intervient par la suite et ceci qu'elle soit ou non constituée matériellement. -V. aussi la décision du tribunal civil de Metz, qui a considéré que la société en voie de formation possède, dès avant sa constitution matérielle une certaine personnalité juridique qui ne produit toutefois ses effets que si elle est formée et immatriculée : T. civ. Metz, 13 juillet 1950 : JCP G 1952, II, 6812, note D. BASTIAN. - K. PEGLOW, « *Le contrat de société en droit allemand et en droit français* », LGDJ, 2003, n° 656 : dans le droit antérieur, avant la signature des statuts, on estimait en général qu'il n'existait aucun germe de société. En revanche, on admet qu'il y avait coïncidence entre la constitution de la société et la personnalité morale. La reprise des engagements est justifiée par l'existence d'une personnalité morale. - Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique* », LGDJ., 1998, Préface P. DIENER, n° 213, p. 171 : Cette thèse coïncide avec la conception de réalité des personnes morale. Une personne morale ne peut exister qu'en présence d'une réalité objective, telle par exemple l'existence d'une entreprise préalable à la constitution de la société, dans la conception défendue notamment par M. CHAMPAUD. - D. BASTIAN, « *la situation des sociétés avant leur immatriculation au registre de commerce* », In Mélanges H.CABRILLAC, 1968, p. 23. - V. aussi, à l'encontre de la thèse de l'absorption de la personnalité morale par l'immatriculation : N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », préface F. TERRÉ, LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ n° 36 et s, spécialement, n° 40, p. 41.

¹¹⁰⁹ E. THALLER et J. PERCEROU, « *Traité de droit commercial* », 8^e éd. n° 315 et 501 ; V. également note de E. THALLER sous Cass. civ. 30 mai 1892 : D. P. 1893, 1, p. 101 et 105. - N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 40 : N.-F. RAAD, remarque qu'il est assez paradoxale de constater que la thèse de THALLER, en vue d'interpréter la plénitude de l'existence de la personnalité morale, a été effectuée par la doctrine française, tantôt dans le respect de la conception contractuelle de la personnalité morale, tantôt à son mépris.

¹¹¹⁰ P. LESCOT, « *Essai sur la période constitutive des personnes morales en droit privé* », thèse Dijon, 1913, p. 26 et s.

CHAMPAUD, parler de naissance anticipée et progressive de la personnalité morale¹¹¹¹.

La thèse d'une personnalité morale interne ou embryonnaire n'est certes pas actuellement admise par la doctrine majoritaire¹¹¹² et ni la loi ni la jurisprudence ne cautionne une telle conception¹¹¹³. S'il subsiste donc des incertitudes, du moins est-il admis que les fondateurs ne peuvent traiter qu'en leur nom personnel jusqu'à la constitution définitive de la société¹¹¹⁴. Pour autant, on ne peut pas réduire la période de constitution d'avant l'immatriculation à un néant juridique¹¹¹⁵.

¹¹¹¹ Cette thèse est défendue particulièrement et régulièrement par Cl. CHAMPAUD : RTD com., 1967, p. 175 ; Ibid., 1969, p. 991 ; Ibid., 1989, p. 469 ; Ibid., 1991, p. 400 ; et Ibid., 1994, p. 56. – Cl. CHAMPAUD et P. LE FLOCH, RTD com., 1989, p. 469 et s, n° 1 et 2.

¹¹¹² V. contre la thèse de la personnalité morale embryonnaire, M. GERMAIN, « *Naissance et mort des sociétés commerciales* », études dédiées à R. ROBLOT, *Aspect actuels du droit commercial français*, LGDJ., 1984, p. 220.

¹¹¹³ J.O. 24 mars 1967, p. 282. – les fondateurs ne peuvent pas agir au nom de la société en formation : Req., 24 avril 1893 : D. 1893, I, p. 484 ; S. 1894, I, 197, note WAHL. – Trib. com., Seine 2 mars 1935 : D. H. 1936, somm., p. 7. – une société en formation ne peut pas être engagée par des actes antérieurs à sa constitution : Cass. civ., 3^e, 1^{er} juillet 1971 : D. 1972, 436, note LARROUMET. – Ainsi avant l'immatriculation une société ne peut ester en justice, pas plus en qualité de demandeur que de défendeur, et cette situation ne peut pas être régularisée. En principe, l'absence de personnalité morale a pour conséquence, sur le terrain processuel, l'absence de droit d'agir. Il n'y a pas d'action en justice sans capacité de jouissance et pas de capacité de jouissance sans personnalité juridique (H. CROZE et S. CAYRE, obs. sous Cass. com., 30 novembre 1999 : JCP E 2000, n° 9, p. 369. – V. également en ce sens : Cass. com., 20 juin 2006 : Bull. joly. 2006, § 291, p. 1419, note J.-F. BARBIÈRI ; D. GIBIRILA, « *L'incapacité d'ester en justice d'une société en formation et ses enjeux* » : RJDA, n° 10-2006, p. 915 ; D. 2006, n° 26, p. 1820, note L. LIENHARD). Cependant, la troisième chambre civile de la Cour de cassation admet la régularisation dès lors que l'immatriculation est intervenue avant que le juge statue (Cass. civ., 3^e, 9 octobre 1996 : RJDA, n° 1-1997, n° 54 ; RJ com., 1998, p. 16, note D. VELARDOCCIO). Quant, au deuxième chambre civile, elle admet la régularisation du fait de la reprise de l'acte suite à l'immatriculation de la société, d'une enchère portée au nom et pour le compte d'une société en formation représentée par son gérant (Cass. civ., 2^e, 10 septembre 2009 : JCPE 2010, 1145, n° 1, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER. A l'inverse le Conseil d'État admet une personnalité embryonnaire de la société en formation et lui reconnaît la capacité d'agir : Cons. État 23 janvier 2006 : Rev. sociétés 2006, p. 798, note N. MATHEY. – V. également, M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 202, p. 111 et s. – De même, le financement de la période de formation est souvent assuré par un compte bancaire ouvert au nom de la société en formation. Ainsi un chéquier peut être délivré sur ce compte et c'est la société en formation qui figure comme intitulé sur le compte-chèques ainsi que sur le chéquier lui-même. Il reste que juridiquement, les véritables titulaires du compte-chèques sont les associés qui ont traité avec l'établissement de crédit. La société prend rétroactivement leur place dès que la convention de compte est reprise dans les formes prescrites par la loi : E. GARAUD, « *L'ouverture d'un compte-chèques au nom d'une société en formation* » : Bull. joly 1992, § 236, p. 728. – V. aussi, Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 76, p. 110 et s.

¹¹¹⁴ K. PEGLOW, « *Le contrat de société en droit allemand et en droit français* », LGDJ., 2003, n° 656, p. 373.

¹¹¹⁵ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique* », Préface P. DIENER, LGDJ., 1998, n° 211, p. 168, spécialement n° 215 : cet auteur remarque qu'une « société à responsabilité limitée n'a qu'une manière d'exister : immatriculée. En revanche, une société préexiste. Certes, le lien entre la forme et la personnalité morale est fort, mais le concept de société ne s'absorbe pas dans celui de personne morale. S'il ne peut exister de SARL non immatriculée, il ne peut davantage exister de SARL sans une société légalement constituée... » ; V. également Ibid., n° 187 : « sans immatriculation, aucune des formes

En réalité, en l'état de la distinction entre la constitution de la société et la date d'acquisition de la personnalité morale, la justification juridique du mécanisme de la reprise reste insatisfaisante¹¹¹⁶. Ni le Code de commerce ni le Code civil n'expliquent comment les rapports juridiques nés pendant la période de formation peuvent lier la société une fois que la constitution et l'immatriculation se sont achevées¹¹¹⁷. Si la doctrine majoritaire rejette toute personnalité morale de la société en formation, la question qui se pose alors est de savoir comment des droits et des obligations peuvent se fixer rétroactivement sur un être moral qui n'existe pas encore. Ou, autrement dit, comment expliquer qu'une fiction juridique fasse assumer des responsabilités individuelles à un patrimoine collectif¹¹¹⁸. En l'absence de personnalité morale, plusieurs interprétations doctrinales ont été avancées : le mandat, la gestion d'affaires la stipulation pour autrui¹¹¹⁹ ou encore l'application de l'adage « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ». Aucune des ces explications purement théoriques n'échappe cependant à des critiques déterminantes. Elles présentent l'inconvénient de ne pas être adaptées à la situation de la société en formation. Toutefois, la moins mauvaise explication consiste à considérer que l'engagement est pris sous condition résolutoire de sa reprise par la société. Ainsi, l'absence d'une justification juridique claire et convaincante montre l'insuffisance de la théorie de l'absorption de la société personne morale par les conditions de forme.

296. Une quatrième critique est relative aux modalités d'acquisition de la personnalité morale. Sur ce point, V. SIMONART, oppose, en dehors du système de concession par l'autorité publique, deux systèmes fondamentaux de reconnaissance de la personnalité morale¹¹²⁰ : le système de libre constitution et le système formaliste. Dans le premier système, l'acquisition de la personnalité morale n'étant pas liée à des conditions de forme, le seul respect des conditions de fond de création du groupement suffit à conférer la personnalité morale. Dans le système formaliste, au contraire, le groupement ne peut acquérir la personnalité juridique que par l'accomplissement des formalités légales qui consistent le plus souvent en une publication ou une immatriculation¹¹²¹. Ce système est parfois renforcé par un

sociales prévues par le législateur ne pourrait voir le jour. L'immatriculation est même une condition d'existence de la société à responsabilité limitée d'une seule personne... ».

¹¹¹⁶ K. PEGLOW, « *Le contrat de société en droit allemand et en droit français* », LGDJ., 2003, Préface J.-B. BLAISE, n° 684.

¹¹¹⁷ K. PEGLOW, « *Le contrat de société en droit allemand et en droit français* », LGDJ., 2003, n° 678.

¹¹¹⁸ K. PEGLOW, « *Le contrat de société en droit allemand et en droit français* », LGDJ, 2003, n° 680.

¹¹¹⁹ La stipulation pour autrui suppose un intérêt personnel du stipulant.

¹¹²⁰ V. SIMONART, « *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratique –Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et suisse* », Bruylant-Bruxelles, 1995, Préface P. VAN OMMESLAGHE, n° 387, p. 342.

¹¹²¹ B. LECOURT, « *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements* », LGDJ., 2000, Préface G. GUYON, n° 497, p. 310.

système de publicité constitutive. Selon ce système, qui paraît être celui de la directive européenne, l'immatriculation est, beaucoup plus qu'une simple mesure de publicité, l'aboutissement logique du contrôle de régularité¹¹²². Selon B. LECOURT, on peut admettre que l'immatriculation confère la personnalité morale si elle ne constitue pas uniquement une simple mesure de publicité mais elle est l'aboutissement logique du contrôle de la régularité¹¹²³. Or, ce n'est pas le cas du droit français, ce qui va à l'encontre de la thèse de l'absorption de la personnalité morale par l'immatriculation¹¹²⁴. L'Italie, l'Allemagne et la France confient à l'immatriculation une double fonction : un rôle d'information et la condition d'existence de la personnalité morale¹¹²⁵.

297. En fin de compte, le constat que la personnalité morale exprime seulement l'opposabilité du groupement conduit nécessairement à faire de l'acte juridique fondateur de ce dernier la base de la personnalité morale¹¹²⁶. En effet, toute personne morale fonde son existence sur un acte juridique parce que celui-ci, volontaire ou non¹¹²⁷, a toujours le même objet qui est d'établir un groupement et de définir sa structure¹¹²⁸.

Dans cette optique, si les actes fondateurs d'un groupement peuvent être qualifiés d'actes unilatéraux, individuels ou collectifs, les effets juridiques résultant de l'application de ce concept ne correspondent pas à ceux qui lui sont ordinairement attribués¹¹²⁹. Il en résulte qu'en l'absence de toute analyse de la structure particulière

¹¹²² B. LECOURT, « *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements* », LGDJ., 2000, Préface G. GUYON, n° 499 et s, p. 311 : *conformément à la volonté des auteurs européens la publicité constitutive n'est admissible et logique que si le contrôle a été effectué, l'immatriculation n'étant que « l'aboutissement public du contrôle ».*

¹¹²³ B. LECOURT, « *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements* », LGDJ., 2000, Préface G. GUYON, n° 500, p. 311.

¹¹²⁴ B. LECOURT, « *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements* », LGDJ., 2000, préface G. GUYON, n° 501, p. 312 : « *Il peut paraître, dès lors, surprenant que l'acquisition de la formation de l'être juridique nouveau se fasse par l'immatriculation au registre qui n'est qu'une mesure de publicité. Il a été démontré en effet, que le droit français n'opérait, par l'intermédiaire du registre de commerce et des sociétés, qu'un pseudo-contrôle de la régularité de la constitution de la société. Il est dès lors contestable de conférer la personnalité morale à une société dont la validité juridique peut être remise en cause. L'acquisition de la personnalité morale à l'immatriculation était plus logique dans le cadre du contrôle judiciaire préalable prévu par l'article 4 du projet originaire, car elle s'inscrivait dans un processus créateur de droit. Dans le système actuel, les modalités d'acquisition de la personnalité morale, qui sont une survivance du projet du contrôle judiciaire préalable trouve difficilement leur place ».*

¹¹²⁵ B. LECOURT, « *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements* », LGDJ., 2000, Préface G. GUYON, n° 499, p. 311.

¹¹²⁶ G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 243, p. 233.

¹¹²⁷ G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, n° 243, p. 234.

¹¹²⁸ G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, n° 243, p. 234.

¹¹²⁹ G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, n° 248, p. 238 : pour cet auteur, « *les incertitudes qui effectue le régime des personnes morales, ne concerne pas le*

des actes fondateurs d'un groupement, les effets originaux qu'ils réalisent ne peuvent être ni justifiés ni systématisés. G. WICKER, observe également que dans la mesure où l'acte fondateur d'une personne morale détermine la création d'une situation juridique complexe, où se mêlent rapports internes et effets externes, il est bien évident que leur structure ne peut se ramener à celles des actes unilatéraux les plus communs¹¹³⁰.

Cela étant, il convient d'en profiter de ces constats afin dégager les conséquences de la conception formaliste quant à la société unipersonnelle.

2° Les conséquences de la conception formaliste quant à la société unipersonnelle

298. La conception qui consiste à faire dépendre la personnalité de la forme suppose d'occulter la condition substantielle de la personnalité morale et de justifier, par conséquent, l'avènement de la société unipersonnelle en droit français. Cette orientation a le mérite de dégager une théorie unitaire de la personnalité morale permettant d'englober les sociétés unipersonnelles et pluripersonnelles. Toutefois, cette argumentation doit être rejetée.

En effet, selon N. MATHEY, 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 de groupement comme on pouvait le penser mais de l'organisation¹¹³¹. Cependant, selon cet auteur, en droit de la personnalité morale, la publicité conduit à l'opposabilité de l'organisation élaborée sur le fondement d'un intérêt propre de la personne morale¹¹³². Plus précisément, en droit de la personnalité morale, l'organisation doit avoir la vertu d'être capable d'assurer la promotion d'un intérêt spécifique sélectionné parmi les intérêts des fondateurs ou (et) des membres.

droit des personnes, mais tiennent à l'insuffisance de l'analyse des actes fondateurs d'un groupement, puisque la personnalité n'exprime que l'opposabilité de celui-ci. Par conséquent, s'il y a fiction juridique, la raison en est que les analyses qui ont été faites de ces actes ne peuvent rendre compte de leur originalité, qui est de créer une situation juridique durable rassemblant des personnes et des biens, et déterminant les rapports entre ces éléments et entre ceux-ci et les tiers ». Pour M. WICKER, la fiction juridique traditionnellement rattachée aux personnes morale, doit en réalité être rapportée à l'insuffisance de la théorie de l'acte juridique.

¹¹³⁰ G. WICKER, « Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique », LGDJ., 1997, n° 247, p. 237.

¹¹³¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 666, p. 311.

¹¹³² N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 666, p. 311 : « en droit de la personnalité morale la publicité d'un acte juridique peut être posé comme condition d'accès à la vie juridique... La publicité doit permettre une opposabilité qui n'est pas celle des contrats ordinaire. La personne morale est opposable non seulement en tant qu'acte juridique mais aussi en tant d'organisation. L'opposabilité ne concerne pas seulement son existence mais également son contenu. La personne morale n'est pas un simple fait juridique que les tiers ne peuvent méconnaître, elle est aussi une institution qui détermine leur droit » ; Ibid. n° 667, p. 312 : « la société n'acquiert cependant la personnalité morale que par l'immatriculation. Ce constat est une illustration de la distinction de l'organisation et de la personnalité morale avant l'immatriculation ».

Néanmoins, il paraît difficile de nier que l'admission de la société unipersonnelle est la conséquence de l'émergence d'une conception formaliste des conditions d'existence de la société personne morale. En matière de société unipersonnelle, l'accomplissement de formalités de publicité et d'immatriculation, loin d'être une simple condition d'efficacité, se présente comme l'élément constitutif. Plus clairement, si l'organisation des procédures de constitution et d'immatriculation présume la volonté de l'associé unique d'autonomiser un intérêt spécifique, encore faut-il préciser le contenu de l'acte d'organisation et déterminer l'intérêt promu dans cet acte. À vrai dire, qu'il exerce ses activités en société unipersonnelle ou sous la forme d'une entreprise individuelle, l'intérêt de l'exploitant en sa qualité d'exploitant individuel est le seul intérêt envisagé par l'organisation.

De surcroît, les formalités du régime de l'EIRL ne sont pas sans rappeler celle liées à la constitution d'une EURL¹¹³³. Ainsi, selon D. MARTIN, « *les formalités consécutives de l'EURL et de l'EIRL étant très proches, il est difficile de dégager de véritables critères de choix entre les deux structures* »¹¹³⁴. En effet, la constitution d'une EIRL nécessite le dépôt d'une déclaration du patrimoine d'affectation (article L. 526-7 et L. 526-8 du Code de commerce) qui a été conçue comme un mécanisme de transparence. Il s'agit d'une formalité ayant un double objectif: d'une part, elle est un élément d'appréciation de la consistance du patrimoine d'affectation et sa réalité ; d'autre part, elle est un élément de publicité destiné à informer les tiers, ce qui est nécessaire dès lors que leurs droits risquent d'être modifiés. Cette déclaration d'affectation constitue donc une mesure d'opposabilité d'une organisation alors que cette dernière ne jouit pourtant pas de la personnalité morale (article L. 526-6, alinéa 1^{er}). En effet, l'entrepreneur reste propriétaire du patrimoine affecté à l'entreprise et, si celle-ci constitue une activité finalisée et organisée, rien en revanche ne permet d'identifier un intérêt propre distinct de celui de l'exploitant individuel.

299. Surtout, l'objet de l'opposabilité n'a pas le même contenu dans les sociétés pluripersonnelle et unipersonnelle. Alors que, dans la société pluripersonnelle, l'immatriculation rend opposable aux tiers une organisation collective d'une entreprise, dans la société unipersonnelle, l'immatriculation a pour effet de rendre opposable une division au sein du patrimoine d'une seule personne. L'accomplissement des formalités présume l'intention de donner une autonomie à

¹¹³³ D. MARTIN, « *L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine* », in EIRL, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, sous la direction de F. TERRÉ, Litec 2011, p. 25, n° 54 et s, spécialement, n° 64 et 67 : il est intéressant de noter que ce formalisme est très proche de celui de l'EURL et qu'il est même parfois plus contraignant. La déclaration d'affectation doit comporter un état descriptif des biens affectés à l'entreprise et préciser l'objet de l'activité professionnelle, ce qui n'est pas sans rappeler l'article 1836 du Code civil qui dispose que les statuts déterminent les apports de chaque associé, l'objet, l'appellation de la société.

¹¹³⁴ D. MARTIN, « *L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine* », in EIRL, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, sous la direction de F. TERRÉ, Litec 2011, n° 67, p. 34.

l'activité de l'entreprise et plus exactement mais nécessairement l'intention de donner une autonomie patrimoniale à l'activité de l'entreprise personnelle. En revanche, il ne s'agit pas de promouvoir un intérêt spécifique comme support de la personnalité morale mais uniquement d'une faveur au profit de l'exploitant individuel.

En fin de compte, si la personnalité morale dépendait uniquement de la forme, la différence entre les entreprises individuelles et les entreprises sociales résiderait uniquement dans l'accomplissement de certaines formalités. Or, cette conception formaliste qui est la conséquence de la théorie de fiction légale mérite d'être rejetée. Elle est contraire à la valeur juridique et également à l'histoire de la notion de personne morale. Celle-ci a été élaborée essentiellement à partir des groupements et les débats doctrinaux ont recherché uniquement lesquels d'entre eux présentent une aptitude à la personnification.

Il est vrai que le formalisme exigé pour instituer une société unipersonnelle est celui du droit commun des sociétés. Il est même apprécié, en l'absence d'un autre contractant et de tout contre-pouvoir, de manière plus stricte en matière de société unipersonnelle. Toutefois, l'organisation institutionnelle se présente comme la contrepartie du choix de cette forme d'organisation qui touche aux droits des tiers¹¹³⁵. L'acte d'organisation se trouve vidé de son contenu et l'intérêt de l'organisation institutionnelle se trouve déplacé. Il en résulte que le formalisme est exigé comme élément d'extériorisation et d'opposabilité aux tiers d'une simple organisation, sans que l'on puisse affirmer l'existence d'un intérêt spécifique et distinct de l'intérêt de l'associé unique. L'attribution de la personnalité morale se trouve, par voie de conséquence, non justifiée et sans utilité.

300. En définitive, l'aptitude à la personnification ne dépend pas uniquement de la forme. Les formalités d'immatriculation ne sauraient occulter les conditions de fond de l'existence d'une société réelle¹¹³⁶, ni déterminer les conditions d'accès à la personnalité morale. Par sa nature même, l'acte unilatéral n'exprime que l'intérêt de son auteur. Par conséquent, il ne pourrait exprimer *a posteriori* la réalisation d'un intérêt propre de la société unipersonnelle.

On pourrait certes objecter, en rapprochant l'acte unilatéral de société de l'acte unilatéral de fondation, que la nature unilatérale de l'acte n'est pas un obstacle à la personnification. Cependant, on peut douter de ce rapprochement.

¹¹³⁵ J. PAILLUSSEAU, « *l'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* », JCP. 1986, I, doctrine, 3242, n° 38 et s : Selon J. PAILLUSSEAU, l'entrepreneur doit « choisir entre deux solutions, ou bien profiter de la limitation de responsabilité et accepter certaines obligations en contrepartie, ou bien refuser ces obligations mais accepter alors d'être responsable ».

¹¹³⁶ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, « *La société écran Essai sur sa notion et son régime juridique* », préface P. DIENER, LGDJ., 1998, n° 216, p. 173.

B. L'échec de l'acte de fondation à justifier l'acte unilatéral de société

301. Pour justifier l'acte unilatéral de société, il est possible de le rapprocher de l'acte de fondation. A première vue, un tel argument semble pertinent, le droit positif admettant depuis longtemps la fondation sans distinguer selon que l'acte est unilatéral ou plural. Plus clairement, l'abandon de la référence à une réalité collective au stade de l'acte juridique peut trouver confirmation dans l'admission de la personnalité morale de la fondation, dont l'acte constitutif peut être unilatéral.

Toutefois, il est possible de douter de la pertinence de ce rapprochement. En effet, les deux institutions (fondation et société unipersonnelle) ne se présentent pas de la même façon, ni concernant leur mode de constitution ni par leur fonctionnement. Mieux encore, si l'étude de l'acte de fondation peut fournir un riche enseignement pour pouvoir analyser l'acte unilatéral de société et déterminer son régime juridique, la particularité de l'acte de fondation interdit de donner une assise juridique à l'acte unilatéral de société. L'affinement de la recherche suppose, toutefois, d'analyser la particularité de la notion de fondation (1°) avant de montrer qu'est fautive l'assimilation entre acte unilatéral de fondation et l'acte unilatéral de société (2°).

1° La particularité de la notion de fondation

302. Bien que l'institution soit ancienne, la fondation n'a jamais été définie par le Code civil qui lui consacre seulement son article 910. La notion a été forgée essentiellement par la doctrine¹¹³⁷. Actuellement, la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le mécénat, complétée par la loi du 4 juillet 1990, constitue le principal texte législatif applicable aux fondations. Cette législation nouvelle s'est attachée à donner aux fondations le statut légal qui leur faisait défaut, en s'inspirant des pratiques antérieurement suivies en la matière¹¹³⁸. Outre la fondation classique reconnue d'utilité publique, il existe aujourd'hui plusieurs formes de fondation. A la fondation

¹¹³⁷ Sur la notion de fondation en général, V. jurisClasseur administratif, V° Fondations, Fasc. 165, par. E. BREEN. – M. DRAPIER, « *Entre personne privées et mission d'intérêt général, la fondation du patrimoine, une institution à l'équilibre incertain* » : D. 1997, chron., p. 212. – A. GOBIN, « *Évolution récente du droit des fondations en France* » : JCP N 1982, I, 246 ; même auteur, A. GOBIN, « *La loi du 4 juillet 1990 sur les fondations d'entreprise et fondations d'utilité publique Seconde ébauche du statut des fondations en France* » : JCP N 1990, n° 49, 101505. – H. SOULEAU, « *Les libéralités adressées à la Fondation de France* » : Defrénois 1970, 1, p. 257. – A. DAVID, « *La vie des fondations* » : RTD civ., 1959, p. 665. – L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale ...* », LGDJ., 1924, t. 1, op. cit., n° 74, p. 203 et s – Ch. DEBBASCH, « *Le nouveau statut des fondations : Fondations d'entreprise et fondations classiques* » : D. 1990. Chron., p. 269. – M.-H. MALEVILLE, « *Premières remarques sur la fondation d'entreprise* » : JCP E 1990. II. 15901, p. 684.

¹¹³⁸ JurisClasseur Civil, Code, Art. 902, Fasc. unique, V° Donations et testaments (*capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament*), par J.-B. DE SAINT-AFFRIQUE, n° 128.

d'entreprise¹¹³⁹ créée par la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 s'ajoutent les fondations reconnues d'utilité publique à régime dérogatoire : fondation de patrimoine¹¹⁴⁰, fondation pour les études comparatives¹¹⁴¹ et fondation de coopération scientifique (article L. 344-11 du Code de la recherche). Ces dernières fondations suivent le régime juridique des fondations reconnues d'utilité publique dans la mesure où il n'y est pas dérogé par les textes particuliers qui les organisent¹¹⁴².

303. Il existe deux modes de création des fondations.

Le premier est la création indirecte par l'entremise d'une personne morale préexistante. Il s'agit d'une fondation dite « *abritée* » ou « *sous guide* » consistant à créer un compte de fondation à charge pour la personne morale affectataire de gérer les fonds et d'assurer leur affectation. Avant 1987, une interprétation stricte pouvait conduire à retenir que seules les fondations reconnues d'utilité publique pouvaient utiliser le terme fondation. La personnalité morale devenait alors un élément de la définition de la fondation, laquelle excluait ainsi la simple affectation des biens, droits ou ressources. Toutefois, cette interprétation est écartée depuis la loi du 23 juillet 1987¹¹⁴³. Cette autre catégorie de fondations est définie par l'article 20 de la loi dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 : « *peut également être dénommée fondation l'affectation irrévocable, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif, de biens, droits ou ressources à une fondation reconnue d'utilité publique dont les statuts ont été approuvés à ce titre, dès lors que ces biens, droits ou ressources sont gérés directement par la fondation affectataire, et sans que soit créée à cette fin une personne morale distincte* ».

Le second mode, qui nous intéresse ici, est la création directe par constitution d'une nouvelle personne morale. Dans ce cas, le fondateur peut réaliser ses intentions soit, de son vivant, par donation soit par voie testamentaire. L'article 18 alinéa 1^{er} de la loi du 23 juillet 1987 sur le mécénat, complété par la loi du 4 juillet

¹¹³⁹ La fondation d'entreprise est une personne morale, à but non lucratif, créée en vue de la réalisation d'un œuvre d'intérêt général. La fondation d'entreprise est soumise aux mêmes exigences que toutes les fondations reconnues d'utilité publique.

¹¹⁴⁰ La fondation de patrimoine a été créée par la loi n° 96-590 du 2 juillet 1996 et organisée par les articles L. 143-1 du Code du patrimoine. La fondation du patrimoine est un établissement d'utilité publique qui a pour but de promouvoir la connaissance, la conservation et la mise en valeur du patrimoine national. Ce patrimoine comprend essentiellement le patrimoine culturel. Cet organisme déroge sur certains points au droit commun des fondations. Essentiellement, il est possible pour les personnes physiques ou morales d'adhérer directement à la fondation du patrimoine sous réserve de se conformer aux conditions déterminées par ses statuts. Cela ne signifie pas que la fondation devient un groupement de personnes puisqu'il s'agit ici d'adhérer à une fondation et non pas à une association : D. DESURVIRE, « *La fondation du patrimoine au secours de la restauration monumentale* » : AJDI 1997 p. 1044.

¹¹⁴¹ Cette catégorie de fondation a été créée par la loi n° 2002-282 du 28 février 2002.

¹¹⁴² JurisClasseur administratif, V° Fondations, Fasc. 165, par E. BREEN.

¹¹⁴³ R. CRONÉ, « *La constitution des fondations reconnues d'utilité publique, de quelques aspects civils* » : Petites affiches, 24 avril 1996 n° 50, p. 81

1990, a défini la fondation comme « *un acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'un œuvre d'intérêt général et à but non lucratif* ». Cet article précise également que la fondation elle-même est la personne morale affectataire de ces biens en vue de l'accomplissement du service dont elle doit assurer l'exécution, et jouissant pour ce faire de la capacité juridique que lui confère une reconnaissance d'utilité publique.

304. Dans ce contexte, il est acquis que trois éléments sont nécessaires pour la constitution d'une fondation. Il faut, tout d'abord, une déclaration de volonté du fondateur (ou des fondateurs) qui peut être une personne physique ou une personne morale. Cette déclaration de volonté peut aussi avoir pour origine un groupe indéterminé de personnes : c'est le cas d'une fondation réalisée par voie de souscription publique¹¹⁴⁴. Ensuite, le second élément consiste dans une dotation initiale permettant à l'œuvre de vivre et de faire face aux obligations qui sont les siennes. Cette dotation initiale doit avoir pour origine une personne privée et non une personne publique¹¹⁴⁵. En effet, la fondation étant une personne privée, on ne peut admettre la création sans aucun financement privé¹¹⁴⁶. Cette dotation est aussi un moyen pour distinguer la fondation, groupement de biens, de l'association, groupement de personnes. Enfin, lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale, la fondation ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État accordant la reconnaissance d'utilité publique. Elle acquiert alors le statut de fondation reconnu d'utilité publique (article 18 alinéa 2). Cela signifie que la personnalité morale n'est pas un droit pour les fondations. Elle résulte de la reconnaissance de la puissance publique qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire¹¹⁴⁷.

305. La fondation d'entreprise, quant à elle, jouit de la capacité juridique à compter de la publication au journal officiel de l'autorisation administrative qui lui confère ce statut (article 19-1 de la loi 23 juillet 1987, modifié par la loi 4 juillet 1990). Le but de la publication de l'autorisation au journal officiel est d'informer les tiers de la naissance de la fondation et de conférer à cette dernière la capacité juridique. Les critères de la délivrance de l'autorisation sont constitués par les conditions exigées par la loi pour la création d'une fondation d'entreprise (œuvre d'intérêt général, but

¹¹⁴⁴ JurisClasseur administratif, V° Fondations, Fasc. 165, par E. BREEN, n° 48.

¹¹⁴⁵ L'article L. 344612 du Code de la recherche déroge à ce principe pour les fondations de coopération scientifique.

¹¹⁴⁶ JurisClasseur administratif, V° Fondations, Fasc. 165, par E. BREEN, n° 60.

¹¹⁴⁷ M. DRAPIER, « *Entre personnes privées et mission d'intérêt général, la fondation du patrimoine, une institution à l'équilibre incertain* » : D. 1997, chron., p. 212.

non lucratif, dotation initiale suffisante et garantie de versements futurs, qualité des fondateurs¹¹⁴⁸).

306. Quant à la fondation testamentaire, dont la légalité résulte de l'article 18-2¹¹⁴⁹, la demande de reconnaissance d'utilité publique doit, à peine de nullité du legs, être déposée auprès de l'autorité administrative compétente dans un délai d'un an suivant l'ouverture de la succession, mais la personnalité morale rétroagit au jour de l'ouverture de la succession.

307. En toute hypothèse, il convient de préciser que « *la fondation, tout en ne constituant pas un groupement de personnes, est un organisme pourvu de la personnalité juridique en vue de la réalisation de certains buts* »¹¹⁵⁰. L'absence d'une assemblée générale montre que la fondation n'est pas un groupement de personnes¹¹⁵¹. La fondation testamentaire est aussi une personne sans membre. Cela ne signifie pas pour autant que la fondation se réduit à un groupement des biens. La fondation est dotée d'un intérêt propre puisque le législateur doit en reconnaître la légitimité. Autrement dit, la fondation est dotée d'un intérêt légitime tendant à la satisfaction d'un intérêt collectif d'un groupe de personnes. La fondation personne morale, écrivait L. MICHOU, « *est née en quelque sorte spontanément un peu partout, sans être aucunement encouragée par la théorie ; le fait qu'elle a pu se développer, en France même, malgré les mille obstacles que dressaient devant elle la législation et la doctrine des juristes, montre qu'elle répond en pratique à un besoin réel* »¹¹⁵². Dans cet ordre d'idée, il est admis que la nature juridique de l'acte, qui est une libéralité, n'est pas de nature à présenter un obstacle à l'existence d'un intérêt juridiquement propre à la personne morale qui en a la charge¹¹⁵³.

Cela étant, il convient de montrer le caractère erroné de l'analyse qui consiste à prendre appui sur l'acte unilatéral de fondation pour justifier juridiquement l'acte unilatéral de société.

¹¹⁴⁸ Les personnes physiques, mêmes commerçants, ne peuvent pas participer à la création d'une fondation d'entreprise afin d'éviter d'éventuelle confusion entre patrimoine personnel et patrimoine de l'entreprise : A. GARCIA, déb. Sénat, 26 avril 1990 : JO. Déb. Sénat, 27 avril 1990, p. 594. – V. également, M.-H. MALEVILLE, « *Premières remarques sur la fondation d'entreprise* » : JCP E 1990, II, 15901, p. 684 : une personne physique doit donc constituer et faire immatriculer, au préalable, une société afin d'éviter toute confusion entre son patrimoine personnel et le patrimoine de la société, toute recherche de profit doit être écartée dans l'action mécénale.

¹¹⁴⁹ L'article 18-2 de la loi du 23 juillet 1987 dispose qu'« *Un legs peut être fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession sous la condition qu'elle obtienne, après les formalités de constitution, la reconnaissance d'utilité publique* ».

¹¹⁵⁰ ENNECCERUS-NIPPERDEY : § 117-I, op. cit., par, A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, n° 434, p. 434.

¹¹⁵¹ JurisClasseur administratif, V° Fondations, fasc. 165, par E. BREEN, n° 141.

¹¹⁵² L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale ...* », LGDJ., 1924, t. 1, op. cit., n° 76, p. 204.

¹¹⁵³ Sur la question de la personnalité morale de la fondation : *Supra* n° 234 et *Infra* n° 340, 358 et 410.

2° La fausse assimilation entre acte unilatéral de fondation et acte unilatéral de société

308. Selon M. MATHEY, 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 morale. Selon cet auteur, l'existence d'une catégorie d'individus qualifiés membres n'est pas de l'essence de la personnalité morale¹¹⁵⁴. Certaines fondations, les fondations testamentaires, n'ont pas de membre. Les fondations ont la personnalité morale alors qu'elles ne sont pas des groupements de personnes. Il est de même « 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 existe aucun membre dans les fondations alors qu'elles ont la personnalité morale »¹¹⁵⁵. L'auteur affirme également que si le droit positif admet certaines personnes morales sans membre, il n'y aura pas d'obstacle à la reconnaissance de personne morale à membre unique¹¹⁵⁶.

Toutefois, on ne peut pas céder à un tel raisonnement. D'une part, il est traditionnel d'affirmer que l'intérêt collectif fonde la personnification et que la dissociation entre l'intérêt de la personne morale et les intérêts individuels des membres est intimement liée à son caractère collectif. D'autre part, si l'existence de membres n'est pas de l'essence de la fondation, cette situation demeure exceptionnelle et ne peut pas être étendue aux autres personnes morales de droit privé. Essentiellement, la distinction des intérêts est due à la transcendance de l'intérêt de la fondation alors que l'intérêt de la société est immanent. Qu'elle soit sans ou avec membre, l'essence de la personnalité morale de la fondation se trouve toujours dans la satisfaction d'un intérêt collectif d'un groupement de personnes : le groupe des bénéficiaires¹¹⁵⁷. Cette situation ne peut pas être assimilée à celle de la société unipersonnelle qui trouve son fondement dans la satisfaction de l'intérêt financier de l'associé unique. *A priori*, il est plus exact de dire que l'associé unique se trouve dans une situation comparable à celle de l'entrepreneur individuel qui ne cherche que la satisfaction de son intérêt personnel. C'est pourquoi l'existence d'un intérêt distinct doit être démontrée pour justifier la personnalité morale de la société unipersonnelle. En tout état de cause, lorsque la personne morale n'a pas de membre, la question de la dissociation entre l'intérêt de la personne morale et celui de ses membres ne se pose pas¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁴ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 207 et n° 211.

¹¹⁵⁵ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 211, p. 74.

¹¹⁵⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 210, p. 73.

¹¹⁵⁷ En sens contraire, N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, 2001, n° 425, p. 186.

¹¹⁵⁸ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, 2001, n° 207 : M. MATHEY affirme également que « la question de la distinction de l'intérêt de la personne morale et de ses

De plus, il n'est pas de l'essence de l'acte de fondation qu'existe une pluralité de fondateurs (donateurs ou légataires), alors que l'essence d'une société est d'être un contrat et que c'est la constitution d'une société par acte unilatéral qui prête à de flagrantes critiques. D'ailleurs, ce choix ouvert aux entreprises mécènes est réaliste. En effet, la valorisation de l'image de la marque de l'entreprise ne se partage pas toujours avec des partenaires et l'acte unilatéral satisfait cette exigence¹¹⁵⁹.

De plus encore, l'acte unilatéral de fondation ne paraît pas conforter l'admission de l'acte unilatéral de société. Et même, l'acte de fondation, constitutif d'une personne morale, apparaît plus comme un argument de négation de l'aptitude de l'acte unilatéral de société à la personnification que comme un argument en sa faveur. Le législateur organise, en réalité, la structure de l'acte de fondation de manière analogue au contrat quant aux personnes participantes à l'acte et quant aux effets juridiques souhaités. Cette organisation réside dans le rôle de l'État et dans l'irrévocabilité de l'acte de fondation.

De prime abord, la nature juridique de l'acte de fondation est discutée. Pour une partie de la doctrine, il s'agit, conformément à la thèse de SIEGLE, d'un engagement unilatéral du fondateur. Suivant cette thèse, le fondateur serait obligé à partir du moment où l'acte de fondation est dressé. Dans la même ligne, pour R. SALEILLES, « *la véritable partie en vue de laquelle l'engagement est pris, et avec qui il devrait être pris, ce sont ceux dans l'intérêt de qui la fondation est faite ; et ils n'ont pas de représentant avec qui on puisse traiter; d'où cette conséquence que la déclaration unilatérale de volonté faite par le fondateur dans les formes voulues suffira à constituer la fondation, à donner l'être juridique à ce but, comme dit BRINE, qui doit être le centre de tous les droits patrimoniaux qui lui seront attribués* »¹¹⁶⁰.

Toutefois, il est acquis que, même si l'on y voit un exemple d'engagement unilatéral, la déclaration unilatérale est insuffisante¹¹⁶¹. Selon une partie de la doctrine, l'acte unilatéral d'un particulier ne peut pas constituer, à lui seul, une source de personnification, laquelle semble résider dans l'intervention de l'État. Ainsi, d'après P. COULOMBEL, « *les fondations ne sont valablement constituées au regard du droit français que si elles ont été reconnues d'utilité public. Cet acte des pouvoirs publics leur confère seul la personnalité morale. C'est un contrôle particulièrement énergique de la constitution* »¹¹⁶². De même, pour Ch. DEBBASCH, « *la fondation n'existe*

membres pourrait être résolue rapidement au seul constat qu'il existe des organisations personnifiées qui n'ont aucun membre ».

¹¹⁵⁹ M.-H. MALEVILLE, « *Premières remarques sur la fondation d'entreprise* » : JCP E 1990, II, 15901, p. 684.

¹¹⁶⁰ R. SALEILLES, « *Étude sur la théorie général de l'obligation* », Paris, 3^e éd., 1914, n° 144, p. 150 et s.

¹¹⁶¹ A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, n° 434, p. 436.

¹¹⁶² P. COULOMBEL, « *Le particularisme de la condition juridique des personnes morale de droit privé* », thèse, Nancy 1950, éd., imprimerie moderne, Préface P. DURAND, p. 229.

juridiquement qu'à compte de la décision de reconnaissance d'utilité publique, laquelle n'est point une régularisation de la fondation, mais son acte de naissance »¹¹⁶³. Il n'y a pas simplement déclaration mais autorisation administrative préalable.

309. Eu égard au rôle de l'État dans la constitution des fondations, une autre partie de la doctrine a adopté la thèse de l'État contractant. Selon R. ÉLIAS, « *c'est l'État qui sert de partie contractante au fondateur. En l'autorisant l'État a pris part à la fondation. Le fondateur a fait une offre en montrant à l'État ses intentions de fonder. L'État peut accepter ou refuser cette offre* »¹¹⁶⁴. Tant qu'il n'y a pas de concours entre la volonté du fondateur et la volonté de l'État, le premier peut rétracter son offre. Mais dès le moment où l'offre est approuvée, il est définitivement engagé. C'est-à-dire que, conformément à l'article 82 du Code civil allemand, « *le fondateur est obligé à transférer les biens à la fondation, seulement quand une autre volonté a rencontré la sienne ; quand l'acceptation de l'État sous l'approbation s'est manifestée. Son obligation résulte d'un engagement contractuel* »¹¹⁶⁵. LARENZ, un auteur allemand, semble aussi aller dans le même sens. Selon cet auteur, « *l'approbation administrative de l'acte de fondation, oblige le fondateur à réaliser le transfert du patrimoine promis. Ici l'approbation administrative remplace en quelque sorte l'acceptation de la fondation qui, auparavant, n'existe pas encore en tant que personne juridique* »¹¹⁶⁶.

310. D'autres auteurs s'en sont tenus à une position intermédiaire, en analysant l'acte de fondation à la lumière des principes contractuels. La fondation exige, d'une part, l'établissement d'un acte de fondation et, d'autre part, une autorisation administrative¹¹⁶⁷. La déclaration du fondateur est insuffisante pour constituer une fondation personne morale. Le rôle de l'état n'est pas simplement déclaratif, l'état participe à la création de la personnalité morale de la fondation. Ainsi, selon A. RIEG, « *l'analyse de SALEILLES, ne résulte pas formellement du BGB. Le législateur allemand se contente d'affirmer qu'à partir de l'approbation officielle, le fondateur est obligé de transmettre le patrimoine d'affectation, sans expliquer la source de cette obligation. C'est la doctrine qui, en conférant à l'État une fonction simplement tutélaire, a été*

¹¹⁶³ Ch. DEBBASCH, « *Le nouveau statut des fondations : Fondations d'entreprise et fondations classiques* » : D. 1990, chron., p. 269.

¹¹⁶⁴ R. ELIAS, « *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale (étude et critique)* », thèse, Paris, éd., Sirey, 1909, p. 143.

¹¹⁶⁵ R. ELIAS, « *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale (étude et critique)* », thèse, Paris, éd., Sirey, 1909, p. 148 ; V. également, p. 151 : « *chaque fondation repose sur un contrat intervenu entre le fondateur et l'État, contrat de stipulation pour autrui. Car, pour affecter ses biens à une destination charitable, littéraire ou scientifique, pour abdiquer valablement quant à eux son droit de propriété, il faut que le fondateur les cède à un autre sujet de droit, et il faut que celui-ci les accepte et s'engage de son côté à en respecter l'affectation...il faut qu'il lie sa volonté à celle d'une autre personne. Il ne peut rien faire par acte unilatéral* ».

¹¹⁶⁶ K. LARENZ : *Schuldrecht*, I, § 4, p. 26, cité par A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, n° 449, p. 453.

¹¹⁶⁷ A. RIEG, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », LGDJ., 1961, n° 434, p. 435.

amenée à déclarer que la fondation se constitue par voie d'engagement unilatéral du fondateur ».

311. En fin de compte, quelle que soit l'analyse retenue, l'intervention de l'État ou l'acceptation de l'autorité administrative évoque irrésistiblement le caractère irrévocable de l'affectation des biens à la fondation. Celui qui crée une fondation reconnue d'utilité publique dispose au départ d'une somme importante qu'il désire affecter irrévocablement à un œuvre dont la perpétuité est assurée¹¹⁶⁸. L'irrévocabilité manifeste particulièrement le décalage de l'acte de fondation par rapport à l'acte unilatéral d'un particulier. Plus précisément, l'intervention de l'État confère, en quelque sorte, à l'acte de fondation la même force juridique qu'un contrat quant aux effets juridiques et quant aux résultats souhaités.

L'irrévocabilité de l'acte d'affectation permet de palier l'inaptitude à la personnification que présente l'acte unilatéral. Il est juridiquement inutile de soutenir l'existence d'une distinction d'intérêts alors que les effets de l'acte restent abandonnés à la libre disposition d'un seul fondateur. L'irrévocabilité constitue la technique même de détachement de l'intérêt de la fondation de l'intérêt du fondateur. Une fois la fondation constituée, les biens qui lui sont affectés sortent définitivement du patrimoine du fondateur. Un conseil d'administration prend toutes les décisions dans l'intérêt de la fondation¹¹⁶⁹ et les comptes sont contrôlés par une autorité de tutelle¹¹⁷⁰. Comme l'a justement remarqué P. LANGERON, « *la fondation est en France une institution à la fois libérale et régaliennne. Issue de l'initiative privée et dotée par elle même des moyens de réaliser son objet, et elle n'existe et ne fonctionne que par et sous le contrôle* »¹¹⁷¹. Ce point demeure toujours vrai, même si la tutelle a été considérablement allégée pour les fondations d'entreprise par rapport aux fondations reconnues d'utilité publique¹¹⁷².

En tout état de cause, la distinction entre l'intérêt de la fondation en tant que personne morale et l'intérêt du fondateur ou de ceux qui la font fonctionner n'est pas contestable. Même si le fondateur trouve un intérêt dans l'acte, l'essence de la

¹¹⁶⁸ L'intention n'est pas la même lorsqu'il s'agit d'une fondation d'entreprise. Contrairement à la fondation reconnue d'utilité publique, la fondation d'entreprise est créée pour une durée déterminée. Celle-ci ne peut pas être inférieure à cinq ans. On se trouve ici en présence essentielle qui touche à l'esprit qui anime le fondateur. En revanche, si avant le terme prévu, un fondateur veut se retirer, il peut le faire à condition d'avoir payé intégralement les sommes qu'il s'était engagé à verser. Cette obligation trouve sa source dans le caractère irrévocable.

¹¹⁶⁹ Selon le nouvel article 19-5 de la loi du 23 juillet 1987, « *le Conseil d'administration prend toutes les décisions dans l'intérêt de la fondation d'entreprise* ».

¹¹⁷⁰ Article 20 de la loi du 23 juillet 1987. Les attributions de l'autorité de la tutelle sont toute à fait classique. Il vérifie que la fondation fonctionne régulièrement et peut, dans ce but, se faire communiquer les éléments d'information nécessaires et procéder à toutes investigations utiles.

¹¹⁷¹ P. LANGERON, in « *La tutelle administrative sur les fondations* » : RFD adm., 1988, n° 6, p. 994.

¹¹⁷² Ch. DEBBASCH, « *Le nouveau statut des fondations : Fondations d'entreprise et fondations classiques* » : D. 1990, chron., p. 269.

fondation est de satisfaire un intérêt général qui ne peut pas se confondre avec l'intérêt du fondateur. L. MICHOUUD avait justement relevé que « *le propre de la fondation est de se détacher de la personne du fondateur et d'échapper, par cela même qu'elle existe, à sa libre disposition* »¹¹⁷³.

312. En conclusion, lorsqu'une société est instituée par un acte unilatéral, l'associé unique reste le seul maître et le seul bénéficiaire de cette dernière. Cette situation ne peut donc pas être rapprochée de l'acte unilatéral de fondation¹¹⁷⁴. Il serait même plus juste de rapprocher le régime de constitution des fondations de celui des sociétés pluripersonnelles. En effet, si le législateur admet que l'acte de fondation peut être unilatéral, il ne dit pas que seul un tel acte fonde la personnification. Et, en tous cas, l'économie générale de l'institution permet de démontrer l'existence d'un intérêt spécifique propre à la fondation, ce qui n'est pas le cas dans l'acte unilatéral de société. Ainsi, l'absence de véritable justification juridique de l'autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle milite pour la remise en cause de sa personnalité morale.

Cette remise en cause se justifie d'autant plus que l'introduction de l'acte unilatéral de société comme un élément de l'analyse de la conception de la personnalité morale conduit à des dérives non mesurables. En réalité, pour intégrer l'acte unilatéral de société dans une théorie unitaire et cohérente de l'acte constitutif d'une personne morale, la doctrine a été conduite à faire preuve de beaucoup d'imagination en adoptant la thèse de la nature unilatérale de l'acte fondateur d'une personne morale. C'est cette théorie qu'il s'agit dorénavant de critiquer.

§2. L'absence d'une théorie unitaire de l'acte fondateur d'une personne morale tirée de sa qualification unilatérale

313. Afin de justifier l'acte unilatéral de société, la doctrine avance toutes sortes d'arguments ou de palliatifs. L'argument est tant théorique que pratique. Notamment, on propose de qualifier l'acte de création d'une personne morale d'acte unilatéral collectif, dans le cas de la société pluripersonnelle, ou individuel dans le cas de la société unipersonnelle. Toutefois, le sujet même de la présente étude conduit à une prudence particulière. Pour se donner les moyens de clairement identifier la nature juridique de l'acte, on doit déterminer, auparavant, les critères de l'acte unilatéral afin de dégager les conséquences de leur application à l'acte constitutif d'une personne morale. Il ne s'agit pas de prendre parti pour l'une ou

¹¹⁷³ L. MICHOUUD, « *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* », t. I, LGDJ., 2^e éd. p. 25.

¹¹⁷⁴ Les deux institutions ne se posent pas avec la même acuité, car, dans la fondation l'intérêt collectif peut être cherché ailleurs que dans la collectivité des associés. D'autant plus, la nature juridique de l'acte, un acte de bien faisances, ne menace pas l'existence d'un intérêt propre. Même unilatérale, l'acte constitutif de la fondation ne fait pas fi l'existence d'un intérêt collectif.

l'autre de ces théories mais d'éclairer ces diverses qualifications et ces différentes classifications afin de rechercher si l'une de ces théories peut constituer le germe d'une théorie unitaire et cohérente concernant l'acte fondateur d'une personne morale. Doit en revanche être soulignée la dérive qu'a subie la théorie de l'acte susvisé¹¹⁷⁵.

314. En effet, la position la plus classique de la doctrine considère que l'acte unilatéral s'oppose à la convention – et plus généralement à l'acte plurilatéral – par le nombre des volontés nécessaires à sa formation. Le critère de l'acte unilatéral réside dans l'unicité de la volonté exprimée lors de sa formation et la distinction paraît si naturelle qu'elle n'appelle pas d'autres développements. En définissant l'acte unilatéral comme l'acte produit par une seule volonté, il apparaît de bonne logique de considérer que l'auteur de l'acte unilatéral est forcément une seule et même personne. Cette conception ne permet pas, bien évidemment, d'établir une théorie unitaire de l'acte fondateur d'une personne morale, puisqu'elle ne peut pas concerner les autres actes à partie plurale.

315. Cependant, si l'acte unilatéral désigne classiquement, par opposition au contrat, celui qui émane d'une seule personne, un fort courant doctrinal, plus moderne, propose une vision de l'acte unilatéral qui s'émancipe de sa définition la plus classique. Ainsi, on s'est demandé si les actes émanant de plusieurs personnes peuvent être considérés comme des actes unilatéraux, alors que plusieurs personnes participent à leur formation. Une réponse positive est donnée par la doctrine qui propose d'autres critères de l'acte unilatéral¹¹⁷⁶.

316. En droit public, C. EISENMANN propose de définir l'acte unilatéral comme l'acte dont les normes ont pour objet de régler les rapports entre des personnes autres que ses auteurs. Cet acte s'oppose à l'acte plurilatéral qui est l'acte dont les normes règlent les rapports mutuels de ses auteurs (c'est-à-dire créent entre eux des obligations et des droits)¹¹⁷⁷. Les actes unilatéraux sont ou bien les actes d'un seul individu ou bien les actes de deux ou plusieurs personnes qui ne créent pas de normes destinées à régir leurs rapports¹¹⁷⁸. Suivant ce critère, la pluralité des volontés exprimées dans l'acte ne fait plus obstacle à son caractère unilatéral. C'est une analyse de l'acte à partir de ses effets : l'acte peut être plurilatéral dans son adoption, mais il n'en est pas moins unilatéral par ses effets. Dès lors que l'acte a pour objet et

¹¹⁷⁵ J. TERRAY, « *La société une tradition bien vivante* », I, doctrine, 3154 : qui souligne que l'évocation des groupes de sociétés et de la société d'un seul, questions capables de faire naître une réflexion fructueuse, mais aux conséquences délicates à prévoir.

¹¹⁷⁶ Sur ces critères V. spécialement, R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 75 et s et les références cités.

¹¹⁷⁷ Ch. EISEMANN, « *Cours de droit administratif* », Paris, LGDJ., 1982, t. 1, p. 420, op. cit., par R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 84 et s.

¹¹⁷⁸ Ch. EISEMANN, « *Cours de droit administratif* », Paris, LGDJ., 1983, t. II, p. 690, op. cit., par R.-E. DE MUNAGORRI, op. cit., n° 84 et s.

pour effet de produire des conséquences sur des personnes qui n'ont pas pris part à son adoption, il est unilatéral¹¹⁷⁹.

En dehors même des critiques qui peuvent lui être adressées¹¹⁸⁰, cette conception ne permet pas de ranger l'acte fondateur d'une société personne morale dans la catégorie des actes unilatéraux. Si l'acte fondateur d'une personne morale n'engendre pas des obligations au sens de la théorie contractuelle la plus élémentaire¹¹⁸¹, il est en revanche indiscutable que cet acte constitue un acte organisation¹¹⁸². De sorte que cette conception ne peut être admise, puisqu'on ne peut évidemment pas nier que l'acte fondateur d'une personne morale régit et organise les rapports entre ses membres.

317. R.-E. DE MUNAGORRI propose un critère de l'acte unilatéral tiré de l'absence de consentement. Cet auteur place le consentement au cœur de l'opposition entre l'acte unilatéral et le contrat. Selon cet auteur, le consentement n'est pas uniquement rapporté à la formation de l'acte, mais aussi à ses effets : malgré l'absence de consentement lors de sa formation, l'acte n'en parvient pas moins à produire des effets de droit. L'opposition n'est pas toujours cantonnée à la formation de l'acte, mais peut être étendue à ses effets comme en témoigne l'engagement unilatéral de volonté. Celui-ci se présente comme doublement unilatéral : par sa formation, en ce qu'il résulte de l'engagement d'un seul, et par ses effets, en ce qu'il

¹¹⁷⁹ P. DELVOLVÉ, *Rep. Du contentieux administratif*, Dalloz, V^o acte, 1984, n^o 16, op. cit., par R.-E. DE MUNAGORRI, préc., n^o 84 et s.

¹¹⁸⁰ Pour la critique de cette théorie V., R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n^o 84, p. 92 et s : cette conception est si rédactrice de l'acte unilatéral. L'acte unilatéral se présente comme un acte contraignant pour autrui, alors que le testament intervient en dehors de tout rapport de sujétion.

¹¹⁸¹ J.-F. OVERSTAKE, « *Essai de classification des contrats spéciaux* », LGDJ., 1969, p. 130 et s : pour cet auteur l'obligation essentielle des associés réside dans le transfert des droits qu'ils détiennent sur les biens apportés. - V. cependant, N. MATHEY, thèse, préc., n^o 148, p. 46 : 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 objet ; V. également, Ibid., n^o 149, p. 46 : la particularité des actes créateurs d'une personne morale est de ne pas entraîner d'échange, mais de prévoir une organisation. Il n'y a pas à proprement parler une création d'obligation. Il n'y a pas de contrepartie à la prestation du participant dans les actes de constitution de personnes morales. 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.

¹¹⁸² P. DIDIER, « *Le consentement dans l'échange : contrat de société* » : RJ com., numéro spécial, 1995, p. 74 ; V. également, même auteur, « *Brèves notes sur le Contrat-organisation* », in *L'avenir de droit*, Mélanges en Hommage à François TERRÉ, éd. Dalloz, 1999, p. 635 : le contrat de société est contrat-organisation qui institue une coopération. Le contrat-organisation a certains effets qui dérivent de sa nature spécifique. D'une part, il définit l'activité qui est son objet et d'autre part, il institue des organes - d'où son nom - chargés d'assurer et de garantir la réalisation de cette activité selon des modes de répartition des missions et des pouvoirs qui varient selon le type de l'organisation. - V. également, N. MATHEY, thèse, op. cit., n^o 482, p. 208 et s.

crée une obligation à la charge de son seul auteur¹¹⁸³. En revanche, le contrat se singularise, en tant qu'acte juridique, comme un accord de volontés, générateur d'obligations entre les parties au contrat. Parmi ces éléments, l'accord de volontés doit être tenu pour principal. C'est d'ailleurs par lui seul que le contrat relève de la technique de la convention¹¹⁸⁴.

Dans la perspective de son opposition à l'acte unilatéral, l'utilisation du mot consentement, synonyme d'accord de volontés, est alors sans doute préférable. Le consentement désigne alors soit, *stricto sensu*, l'accord des volontés lui-même, soit, *lato sensu*, la volonté échangée dans l'accord. L'auteur condamne avec fermeté l'utilisation du terme consentement pour désigner toute manifestation de volonté et définit l'acte unilatéral comme une manifestation de volonté produisant des effets de droit en l'absence de consentement. L'acte juridique unilatéral est une opération consistant en une manifestation de la volonté ayant pour effet de modifier l'ordre juridique en l'absence de consentement¹¹⁸⁵. Le critère opposant le contrat à l'acte unilatéral n'est pas le nombre de volontés émises lors de la formation de l'acte, mais bien l'absence de consentement. Qu'il soit formé par une ou plusieurs personnes, l'acte unilatéral est donc, tout comme la convention, une procédure spécifique de création d'effets juridique¹¹⁸⁶.

318. Cette conception permet sans doute de soutenir que la pluralité des volontés exprimées dans l'acte ne fait pas obstacle à son caractère unilatéral. Plusieurs volontés peuvent être tenues pour une volonté unique. Toutefois, cette explication ne permet pas de qualifier l'acte de société, plural ou unilatéral, comme un acte dépourvu de consentement. La formulation de cette conception est, dans le domaine qui nous intéresse, très évocatrice. En outre, de l'aveu de son auteur, cette théorie ne permet pas de qualifier l'acte de société comme un acte unilatéral. R.-E. DE MUNAGORRI critique la notion d'acte unilatéral de société en précisant « *qu'il y a là, sans nul doute, une manifestation nouvelle du contrat avec soi-même* »¹¹⁸⁷. Le contrat avec soi-même demeure un contrat puisque la volonté manifestée se présente, du moins sur le plan formel, comme une volonté échangée dans un accord¹¹⁸⁸. Cette opinion n'est pas isolée. Ainsi, J. HAUSER, semble aller dans le même sens en observant que,

¹¹⁸³ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ, 1996, n° 74, p. 85.

¹¹⁸⁴ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 88, p. 95.

¹¹⁸⁵ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 88, p. 95, spéc., n° 218 et s.

¹¹⁸⁶ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 89, p. 96.

¹¹⁸⁷ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, p. 96, note n° 174.

¹¹⁸⁸ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, p. 96, note n° 174.

« la création de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, l'accentuation de la séparation des patrimoines dans le bénéfice d'inventaire par une réforme en cours ou à venir ne permet pas de traiter avec la même désinvolture que par le passé, l'hypothèse du contrat avec soi-même, version juridique du dédoublement de la personnalité. L'économie dédouble les personnes, ou au moins leurs intérêts, rendant ainsi d'actualité la révision de notre théorie du patrimoine et l'analyse du contrat plus comme une pluralité d'intérêts que comme une pluralité de personnes »¹¹⁸⁹. Toutefois, si la conception dégagée par R.-E. DE MUNAGORRI ne peut concerner l'acte unilatéral de société, le débat n'est pourtant pas épuisé et d'autres qualifications demeurent en faveur d'une théorie unitaire de l'acte de société construite autour de sa nature unilatérale.

319. Ainsi, s'émancipant de la qualification contractuelle la plus classique, d'autres qualifications ont été attribuées à l'acte fondateur d'une personne morale. Celui-ci a été ainsi qualifié d'acte juridique collectif, conjonctif ou complexe. Ces actes ne sont qu'une modalité de l'acte juridique unilatéral. La pluralité de participants ne ferait pas échec au caractère unilatéral de l'acte puisqu'on substitue au critère formel de l'unicité de volonté celui substantiel de l'intérêt d'une partie unique¹¹⁹⁰. Mais, par une radicalisation des débats, la doctrine propose même de considérer que tout acte constitutif d'une personne morale est un acte juridique unilatéral. Dans ce sens, il n'est donc pas d'obstacle à concevoir d'un point de vue juridique l'acte unilatéral fondateur d'une société unipersonnelle. Selon A.-L. PASTRÉ-BOYER, « la qualification d'acte unilatéral a un avantage certain en ce qu'elle permet d'uniformiser la nature juridique des sociétés entre elles. On ne voit pas en effet, la raison qui pourrait justifier qu'il faille envisager différemment la nature d'une fondation ou d'une société unipersonnelle et celle d'une société pluripersonnelle »¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁹ J. HAUSSER, « L'apport du droit économique à la théorie général de l'acte juridique », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ, Litec, 1991, p. 3, n° 5. - V. également *Supra* n° 147 et s et spécialement, n° 156 et s.

¹¹⁹⁰ Principalement, c'est R. DEMOGUE (R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. I, *Source des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, n° 16 bis : « ce qui caractérise l'acte bilatéral, convention ou contrat, c'est d'être une transition entre deux intérêts opposés ») qui a proposé de substituer au critère du nombre des volontés celui de la composition des intérêts. La qualification du contrat supposerait donc l'existence des intérêts divergents. L'observation a été reprise, de manière réciproque, par J. MARTIN DE LA MOUTE. Selon lui, l'acte unilatéral se définit par un acte émanant d'une volonté unique dans un intérêt unique. 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 unilatéral : J. MARTIN DE LA MOUTE, « *L'acte juridique unilatéral Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », Sirey 1951, Préface de P. RAYNAUD, n° 31 et s.

¹¹⁹¹ A.-L. PASTRÉ-BOYER, « *L'acte juridique collectif en droit privé français. Contribution à la classification des actes juridiques* », Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 69, p. 70.

Toutefois, outre les critiques suscitées par le critère utilisé¹¹⁹², la qualification unilatérale de ces actes (acte juridique collectif, acte conjonctif ou acte complexe) ne fait pas échec à la nécessité d'une pluralité de personnes au stade de leur formation. Il s'ensuit que leur domaine ne parvient pas à englober l'acte unilatéral de société. Dans cette optique, s'il convient d'explorer ces actes avec plus de détail, il n'entre pas dans notre propos de nous livrer à un exposé systématique, mais de rappeler les principaux éléments afin de faire apparaître l'absence d'une véritable justification juridique de l'acte unilatéral de société.

320. Tout d'abord, l'acte unilatéral conjonctif désigne précisément la situation où une pluralité de personnes est occultée par une seule partie plurale. Plus exactement, c'est l'existence d'un intérêt unique qui est le véritable « *ciment de la partie plurale* »¹¹⁹³. Selon R. CABRILLAC, l'acte juridique de constitution d'une personne morale est toujours un acte conjonctif¹¹⁹⁴. Celui-ci se définit comme « *l'acte dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées, lors de sa formation ou postérieurement, au sein d'une même partie, c'est-à-dire d'un même intérêt, défini par rapport à l'objet de*

¹¹⁹² Sur ces critiques V. R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 80, p. 89 et s : selon cet auteur, « *outre le grief tenant à l'imprécision des notions utilisées, il est simple d'en souligner la carence principale. Si l'unicité de la partie entraîne l'unicité d'intérêt, la réciproque n'est pas toujours vraie : l'intérêt unique ne désigne pas forcément l'existence d'une seule partie. Le nombre des intérêts en présence ne constitue donc pas un critère de distinction entre le contrat et l'acte unilatéral* ». R.-E. DE MUNAGORRI, ajoute également que « *l'observation permet du reste de préciser en quoi le critère proposé postule une conception réductrice de la convention. On peut tout à fait concevoir qu'un contrat puisse exprimer le résultat d'une conciliation entre deux intérêts contradictoires... l'accord de volonté démontre d'ailleurs, au moins dans certains cas, un intérêt unique à conclure. Et si tous les contrats ne traduisent pas nécessairement la conciliation entre deux intérêts contradictoires, l'opposition des intérêts ne peut donc demeurer le critère d'opposition du contrat et d'acte unilatéral* ». Pour souligner la faiblesse du critère de « l'intérêt d'une partie unique », l'auteur évoque l'exemple du contrat avec soi-même. En effet, selon J. MARTIN DE LA MOUTTE, le contrat avec soi-même « *n'est pas un acte unilatéral, non parce que son auteur manifeste deux volontés successives en des qualités distinctes, parce qu'il est l'expression de deux intérêts juridiques nettement différenciés et contradictoires* » (J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », Sirey, 1951, Préface P. RAYNAUD, n° 43, p. 51). Selon R.-E. DE MUNAGORRI, « *admettre que la volonté d'un seul – fût-elle exprimée doublement à l'occasion de la conclusion d'un contrat – traduise l'existence de deux intérêts a d'ailleurs de quoi heurter le sens commun* ». Dès lors, le contrat avec soi-même peut être analysé comme une opération traduisant un seul et même intérêt bien que deux manifestations de volontés aient été émises lors de la conclusion du contrat. L'auteur précise cependant que les deux thèses se valent. Tout dépend si l'on choisit de privilégier, dans le mandat, la fiction d'une représentation des intérêts, ou celle d'une représentation des volontés. En outre, selon R.-E. DE MUNAGORRI, le critère d'une partie unique ne permet pas de rendre compte de la diversité des actes unilatéraux puisque l'acte juridictionnel- qui est assurément unilatéral- exprime souvent une conciliation des intérêts des parties. En fin de compte, sans pour autant être erronée, la proposition de M. MARTIN DE LA MOUTTE ne permet pas, en tout cas pas plus que le critère formel de volonté unique, de préciser avec clarté ce qui oppose l'acte unilatéral au contrat : R.-E. DE MUNAGORRI, préc., n° 81 et 82, p. 90 et s.

¹¹⁹³ R. CABRILLAC, « *L'acte juridique conjonctif en droit privé français* », LGDJ., 1990, Préface Pierre CATALA, n° 58-62, p. 30 et s.

¹¹⁹⁴ R. CABRILLAC, « *L'acte juridique conjonctif en droit privé français* », LGDJ., 1990, Préface P. CATALA, n° 255 et s, spécialement n° 262 et s.

l'acte »¹¹⁹⁵. L'acte juridique conjonctif se caractérise donc par la réunion de trois éléments (une unité de partie, une unité d'acte et une pluralité de participants¹¹⁹⁶), cimentée par un élément fédérateur : un intérêt commun¹¹⁹⁷.

Toutefois, la notion de conjonctivité suppose la coexistence de plusieurs personnes sujettes à une même situation juridique et le caractère conjonctif d'un acte juridique est susceptible de concerner l'acte unilatéral tout autant que le contrat¹¹⁹⁸. Il s'ensuit que le caractère unilatéral de l'acte ne fait pas échec à sa conjonctivité¹¹⁹⁹. Plus clairement, en ce qui nous intéresse, la qualification unilatérale de l'acte conjonctif ne résout pas le problème de l'acte unilatéral de société. Pour qu'un acte soit valablement qualifié de conjonctif, la participation de plusieurs personnes à sa formation est nécessaire. Par conséquent, la volonté d'un seul ne saurait suffire à élaborer un acte de naissance d'une personne morale.

321. Ensuite, l'acte fondateur d'une personne morale a été qualifié d'acte complexe unilatéral, notion ambiguë inventée par la doctrine allemande et forgée tantôt à partir de la considération qualitative d'une pluralité de volontés, tantôt à partir de celle quantitative d'une "fusion" des volontés dans la recherche d'un objectif commun¹²⁰⁰. De prime abord, une définition négative de l'acte complexe consiste à nier sa qualification contractuelle : le contrat, acte juridique bilatéral par essence, se caractérise par le dualisme de parties dont les intérêts sont contradictoires ou tout au moins différents, alors que dans l'acte complexe il n'y a pas dualité ou pluralité des parties mais bien une seule partie à l'acte ; il n'y a pas d'intérêts antagonistes et toutes les volontés ont le même contenu. En outre, on a distingué entre deux catégories. Dans la première catégorie, désignée sous le vocable « *Gesammtakt* », l'acte se compose d'un faisceau de volontés indépendantes et c'est la qualification d'acte unilatéral qui convient le mieux. Dans la seconde catégorie, appelée « *Vereinbarung* »¹²⁰¹, le fait que plusieurs personnes participent à l'élaboration d'un

¹¹⁹⁵ R. CABRILLAC, « *L'acte juridique conjonctif en droit privé français* », LGDJ., 1990, Préface Pierre CATALA, n° 319, p. 175 et s.

¹¹⁹⁶ R. CABRILLAC, « *L'acte juridique conjonctif en droit privé français* », LGDJ., 1990, Préface P. CATALA, n° 44, p. 23 et s, spéc., n° 99.

¹¹⁹⁷ R. CABRILLAC, « *L'acte juridique conjonctif en droit privé français* », LGDJ., 1990, Préface P. CATALA, n° 262, p. 144 et s.

¹¹⁹⁸ R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 306.

¹¹⁹⁹ En ce sens, R.-E. DE MUNAGORRI, « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., 1996, n° 309 et s : l'acte juridique conjonctif est une modalité de l'acte unilatéral. Pour cet auteur, « *que l'on définisse l'acte conjonctif en référence à une partie unique ou non, le caractère conjonctif de l'acte n'altère nullement son unilatéralité. En dépit de la multiplicité des volontés exprimées, des auteurs des parties des intérêts, l'acte reste unilatéral, car il n'existe pas de consentement, au sens juridique d'un échange de volontés* ».

¹²⁰⁰ Sur cette notion V. notamment, G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 170 et s. – DUCOULOUX-FAVARD, « *La nature juridique du contrat de société* » : Rev. sociétés 1966, p. 8 et s.

¹²⁰¹ La notion de « *Vereinbarung* » a été traduite et proposée par L. DUGUIT sous la qualification « *union* » Selon L. DUGUIT, l'union n'est pas un contrat puisque « *deux ou plusieurs personnes entrent en relation et s'accordent sur un point déterminé ; mais à la suite de cet accord, on ne voit point apparaître une*

acte unilatéral écarte même cette qualification au profit de celle d'acte complexe. Dans cette situation, si les volontés sont parallèles, elles ne sont pas pour autant réduites à la somme de déclarations unilatérales de volontés. Pour les auteurs allemands, il s'agit d'une catégorie nouvelle car la complexité n'est pas seulement externe mais également interne : dans l'acte complexe, les volontés réagissent les unes sur les autres et de ces inter-réactions naît une déclaration de volonté nouvelle et unique, distincte à la fois de l'acte unilatéral et du contrat¹²⁰².

Cependant, cette notion d'acte complexe a été sévèrement critiquée. Il paraît en effet très difficile de faire la distinction entre les deux catégories d'actes complexes, ce qui a conduit à son abandon par la doctrine allemande. Surtout, pour ce qui nous intéresse, la qualification d'acte complexe n'élimine pas la nécessité de la participation de plusieurs personnes à la formation de l'acte. Par voie de conséquence, le domaine de l'acte complexe ne permet pas d'englober l'acte unilatéral de société¹²⁰³. En outre, la notion d'acte complexe est ambiguë puisqu'elle n'interdit pas de considérer comme acte complexe la manifestation de volonté d'un seul individu agissant pour une même opération juridique en vertu de deux qualités différentes¹²⁰⁴. Pour éliminer cette ambiguïté, la doctrine française préfère utiliser le terme d'acte juridique collectif¹²⁰⁵.

322. Consacrant une étude spéciale à l'acte collectif, G. ROUJOU DE BOUBÉE qualifie d'acte collectif la création d'une personne morale par la réunion d'individus agissant en collaboration¹²⁰⁶. L'acte collectif se distingue du contrat par le contenu de l'accord de volonté¹²⁰⁷. L'élément qui caractérise l'accord de volonté dans le contrat est d'être un compromis entre des intérêts antagonistes ou tout ou moins différents et, par conséquent, le contrat n'est que l'établissement d'un certain équilibre voulu entre les aspirations opposées ou dissemblables de chacun des contractants. Le contrat est avant tout d'essence individualiste et égoïste¹²⁰⁸. En revanche, l'acte

situation juridique subjective, un rapport particulier individuel et momentané de créancier et de débiteur ; on aperçoit au contraire, la naissance d'une règle permanente ou bien d'une situation juridique objective, d'un état » : L. DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel », t. 1, Paris, 2^e éd., 1921, p. 275.

¹²⁰² G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai sur l'acte juridique collectif », LGDJ., 1961, p. 174.

¹²⁰³ A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ., 1978, Préface F. TERRÉ, n° 7, p. 17.

¹²⁰⁴ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai sur l'acte juridique collectif », LGDJ., 1961, p. 243.

¹²⁰⁵ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai sur l'acte juridique collectif », LGDJ., 1961, p. 243.

¹²⁰⁶ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai sur l'acte juridique collectif », LGDJ., 1961, p. 15.

¹²⁰⁷ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai sur l'acte juridique collectif », LGDJ., 1961, p. 17.

¹²⁰⁸ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai sur l'acte juridique collectif », LGDJ., 1961, p. 13 et s : G. ROUJOU DE BOUBÉE, remarque cependant que dans l'acte collectif, malgré le parallélisme ou l'identité des volontés en concours, peuvent surgir des oppositions entre les aspirations des divers participants. L'égoïsme est inhérent à la nature humaine et il entraîne fatalement des antagonismes. Mais alors que dans le contrat ces antagonismes sont fondamentaux, dans l'acte collectif ils ne sont que superficiels et s'ils ne disparaissent pas toujours complètement, au moins sont-ils largement dépassés par la considération du but à atteindre, identique chez tous les participants et devant laquelle ils tendent à disparaître. De même, l'auteur reconnaît que tous les contrats ne procèdent point

juridique collectif implique un concours de volontés qui n'est pas comparable à ce qu'il est en matière contractuelle¹²⁰⁹. Il ne s'agit pas dans l'acte collectif d'une rencontre entre offre et acceptation. Ces deux notions dans leur sens contractuel sont étrangères à l'acte collectif qui ne connaît que la rencontre d'adhésions analogues et parallèles. L'acte collectif, faisant intervenir plusieurs volontés doit être qualifié de convention.

Sous cette optique, l'acte collectif s'apparente à l'acte unilatéral même si plusieurs personnes participent à sa formation. De même, certains auteurs font apparaître la proximité entre acte unilatéral et acte collectif lorsqu'ils évoquent le terme acte unilatéral collectif¹²¹⁰. Selon M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « même si la qualification du contrat de société est largement utilisée, on peut se demander si celle d'acte unilatéral, collectif ou individuel selon que la société est pluripersonnelle ou unipersonnelle ne serait pas plus appropriée »¹²¹¹.

Néanmoins, il reste que cette qualification, pour fournir une acception unitaire de l'acte fondateur d'une personne morale, reste emblématique et ne résout pas la difficulté de sa justification juridique : la constitution d'une société par plusieurs personnes n'obéit pas à la même logique que celle d'une société unipersonnelle. En d'autres termes, au-delà de ce jeu intellectuel fédérant l'ensemble des actes juridiques fondateurs d'une personne morale sur la base de leur nature unilatérale, il faut encore vérifier le caractère opératoire de l'édification d'une telle théorie.

d'une opposition d'intérêts aussi marquée. D'une part, les intérêts en présence ne se heurtent pas avec la même force dans tous les contrats. Par exemple, dans les contrats à titre gratuit ou dans les contrats de bienfaisance, il n'y a pas une transaction aussi nette que dans la vente, mais, en tout cas, les aspirations des participants sont fort différentes. Plus précisément, dans la donation, le donateur recherche une satisfaction personnelle d'ordre morale tandis que le donataire, lui, poursuit un but d'enrichissement, non moins personnel. Il n'y a point de place pour une communauté d'inspirations, pour un dépassement de soi-même. La terminologie contractuelle exprime d'ailleurs parfaitement cette idée d'opposition d'intérêts ou d'égoïsme et on y trouve dans tous les contrats un ferment d'égoïsme indubitable. D'autre part, l'idée de contrat n'est pas exclusive de toute idée de communauté d'intérêts, mais celle-ci ne se manifeste pas, comme dans l'acte collectif, au stade de la formation, mais au stade de l'exécution puisque tous les contrats doivent s'exécuter de bonne foi.

¹²⁰⁹ G. ROUJOU DE BOUBÉE, op. cit., p. 14.

¹²¹⁰ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 487, p. 210. – J.-M. BAHANS, « *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique* », thèse Bordeaux IV, 1998, n° 394 et s : pour cet auteur sont des actes unilatéraux collectifs, l'acte consécutif d'une société pluripersonnelle et les résolutions d'assemblées liées à son fonctionnement. Il y a identité entre la cause de l'acte et l'intérêt collectif poursuivi par les fondateurs. La cause dans l'acte à formation collective, et plus particulièrement dans l'acte de société, s'identifie à l'intérêt collectif des associés (Ibid., n° 403, p. 463). Plus précisément, selon cet auteur, le fondement justificatif de la force obligatoire des actes collectifs réside dans l'intérêt collectif : Ibid., n° 461, p. 528 et s.

¹²¹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 10, p. 6 : cependant ces auteurs affirment que « la qualification d'acte unilatéral ne fait pas obstacle à l'existence de types de relations contractuelles. En premier lieu, que la société soit pluripersonnelle ou unipersonnelle, l'engagement sociétaire place chaque associé vis-à-vis de la société dans une situation contractuelle composée de droits et obligations corrélatifs...en second lieu, lorsque la société est pluripersonnelle, l'organisation des relations entre associés procède d'un acte contractuel ».

Dans ce contexte, si l'acte collectif est parfois qualifié d'unilatéral, il se distingue néanmoins de l'acte émanant d'un seul individu¹²¹². Le terme même d'acte collectif évoque l'idée d'un concours, d'une collaboration entre plusieurs volontés qui ont le même contenu et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but. Peu importe le nombre des participants, il suffit qu'il y ait deux volontés parallèles pour que l'on puisse affirmer que l'acte est collectif¹²¹³. Selon G. ROUJOU DE BOUBÉE, l'acte collectif est défini comme « *l'acte à formation collective, accord de volonté tendant à un même but* »¹²¹⁴. « *Dans la poursuite de ce but, les volontés opèrent un véritable dépassement d'elles-mêmes tout à fait étranger au contrat. Les égoïsmes disparaissent devant l'effort mené en commun. Les participants ne recherchent plus la réalisation d'un effort personnel à chacun d'eux. Les intérêts individuels sont sacrifiés à une cause qui leur est bien supérieure* »¹²¹⁵. Par conséquent, faute de pluralité, dans une société fictive, il n'y a pas de concours de volontés, il n'y a qu'une seule volonté, celle du commerçant¹²¹⁶. L'auteur souligne même que le concours de volonté n'est pas spécifique à l'acte collectif. Il existe dans toute convention et par conséquent seul l'acte unilatéral l'ignore¹²¹⁷. « *L'acte collectif impose la participation de plusieurs volontés. Seulement cet indispensable concours va réagir sur les volontés individuelles envisagées en elles-mêmes. Dès l'instant où celles-ci entrent en concours, elles perdent leur indépendance et deviennent tributaires les unes des autres ; chacune forme une partie de l'ensemble auquel elle apporte sa contribution particulière. Mais alors elle aliène son autonomie, sa liberté ; l'esprit du groupe l'emporte sur l'individualisme. A l'indépendance fait place l'interdépendance car la participation à l'œuvre commune exige à la fois une soumission à celle-ci et des renoncements* »¹²¹⁸.

¹²¹² G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 243. – V. également, J. CARBONNIER, « *Droit civil* », volume II, PUF, 2004, n° 929, p. 1939 : « puisque la volonté est le moteur des actes juridiques, leur première classification viendra de là : suivante qu'ils émanent d'une seule volonté ou de deux (ou plusieurs) volontés, on distingue les actes juridiques unilatéraux et bilatéraux (ou plurilatéraux). Ce n'est pas une simple différence de degré : il y a dans la coopération de deux volontés une autre nature que dans la volonté solitaire, et dans l'affirmation du *nous* autre chose qu'un pluriel du *je* »

¹²¹³ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 243.

¹²¹⁴ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 31.

¹²¹⁵ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 15.

¹²¹⁶ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 244.

¹²¹⁷ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 241.

¹²¹⁸ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 243 ; V. également, Ibid., p. 245 : Ce concours a d'importantes conséquences sur les caractères des manifestations individuelles de volontés qui y participent ; Ibid., p. 247 : « *Du fait que plusieurs volontés concourent à un but commun, s'établit entre-elles une interdépendance manifeste ; chacune perd une part de son autonomie dès l'instant qu'elle s'insère dans le cadre d'une idée à réaliser. Apportant sa propre contribution, elle devient un élément indispensable dont l'absence ou la disparition rend impossible le résultat recherché* ». G. ROUJOU DE BOUBÉE, précise également que cette étroite interdépendance des volontés identiques, a essentiellement, pour conséquences l'irrévocabilité de l'acte collectif (Ibid., p.248 et s). Autrement dit, cette irrévocabilité trouve aisément son fondement dans la nécessité d'un concours de volontés et dans

323. En fin de compte, sous l'apparence de la simplicité, la doctrine propose de trouver dans la nature unilatérale de l'acte une théorie unitaire de l'acte créateur d'une personne morale. Cette unification est trompeuse car la constitution d'une société par une pluralité de personnes ne ressemble guère à la constitution par une seule personne. Plus exactement, la nature juridique de l'acte influe, en réalité, sur la distinction des intérêts qui est au fondement de la séparation des personnes. De sorte que la qualification d'acte unilatéral ne résout pas le problème essentiel soulevé par l'acte unilatéral de société : généralement, l'acte unilatéral émanant d'un particulier ne s'accomplit que dans l'intérêt unique d'une partie unique, son auteur¹²¹⁹. De même, l'acte unilatéral de société n'exprime pas un intérêt juridiquement distinct de celui de l'associé unique. Cette constatation laisse la doctrine impuissante pour expliquer où réside le besoin, la nécessité ou même l'utilité de la personnification de la société unipersonnelle. En effet, lorsqu'il y a une pluralité de personnes, la fonction technique de la personnalité morale est de donner une unité à cette pluralité. Il existe un besoin de faire intervenir la technique juridique de la personnalité morale pour représenter cet intérêt. Il existe un besoin d'autonomisation et d'individualisation de l'activité pour mettre un oeuvre cet intérêt type commun à tous les membres. Si la fonction technique de la personnalité morale se comprend aisément lorsqu'il y a une pluralité de participants à l'acte fondateur d'une personne morale, elle n'est pas justifiée lorsqu'il n'y a qu'une seule personne.

Selon G. WICKER, « *la qualification d'acte unilatéral, individuel ou collectif, appliquée aux actes fondateurs d'une personne morale, c'est-à-dire d'un groupement, ne saurait cependant suffire à fournir l'explication de leur régime ; cela parce que les analyses qui ont retenu cette qualification se sont essentiellement préoccupées du rôle de la volonté dans la formation de ces actes, et non de leur application particulière aux groupements. Pourtant, dans la mesure où ces actes déterminent la création d'une situation juridique complexe, où se mêlent rapports internes et effets externes, il est bien évident que leur structure ne peut se ramener à celle d'actes unilatéraux les plus communs* »¹²²⁰.

324. En conclusion, l'étude de la théorie générale de l'acte unilatéral et son application à l'acte de société s'est révélée décevante. Ou bien le critère de l'acte unilatéral proposé ne peut pas s'appliquer à l'acte créateur d'une société pluripersonnelle, ou bien l'unilatéralité de l'acte n'annule pas la nécessité d'une pluralité de personnes concourant à la formation de l'acte. En tout état de cause, dire que l'acte fondateur d'une personne morale est un acte unilatéral, qui peut être

leur interdépendance. Il ne faut pas que le succès de l'effort commun puisse dépendre du caprice de l'un des participants : Ibid., p. 251.

¹²¹⁹ J. MARTIN DE LA MOUTE, « *L'acte juridique unilatéral* », Sirey 1951, Préface de P. RAYNAUD, n° 31 et s.

¹²²⁰ G. WICKER, « *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., n° 247. – V. également N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., Préface F. TERRÉ, n° 12...

individuel, bilatéral ou collectif, revient à dire que la nature de cet acte n'a aucune valeur déterminante. Si toutes les catégories d'actes juridiques peuvent fonder l'existence d'une personne morale, quel est alors l'intérêt d'établir une théorie unitaire de cet acte fondateur qui sera qualifié, par la suite, comme unilatéral. Dans la réalité des choses, ces tentatives doctrinales se prononcent pour un abandon du recours à la nature juridique de l'acte comme élément de la théorie des personnes morales. En effet, face à cette indifférence du droit positif à retenir une catégorie déterminée des actes fondateurs d'une personne morale, il est légitime de penser que la nature juridique de l'acte n'explique en rien l'aptitude à la personnification. Cette analyse positiviste conduit à abandonner toute recherche juridique concernant la nature de l'acte fondateur d'une personne morale.

Toutefois, il faut convenir que cette orientation est plus la conséquence de l'incapacité de cette doctrine à fournir une justification juridique valable fondant l'acte unilatéral de société que de l'absence de valeur explicative de la nature de l'acte fondateur d'une personne morale. En tout cas, la nature juridique de l'acte de constitution ne doit pas présenter un obstacle à l'autonomie d'intérêt de la personne morale, ce que la doctrine ne démontre pas pour l'acte unilatéral de société. C'est là un élément permettant de justifier la remise en cause de la société unipersonnelle.

325. Conclusion de la section 1. Dans la théorie classique, l'existence d'un acte à partie plurielle conditionne *a posteriori* l'existence réelle des groupements personnalisés voulus. L'admission de l'acte unilatéral de société constitue alors une réelle rupture avec la théorie classique, sans que l'on puisse avancer une justification juridiquement valable. Ainsi, la thèse de l'absorption de la personnalité morale par les conditions de forme, et notamment, l'immatriculation, ne semble pas pouvoir faire l'économie de l'importance de la nature juridique de l'acte constitutif. Plus clairement, les formalités d'immatriculation ne sauraient occulter les conditions de fond de l'existence d'une société réelle, ni déterminer, à elles seules, les conditions d'accès à la personnalité morale. De même, l'étude de la particularité de l'acte de fondation qui peut être unilatéral a pu montrer qu'il est impossible d'en tirer argument pour justifier l'acte unilatéral de société. Les deux institutions (fondation et société unipersonnelle) ne se présentent pas de la même façon, ni concernant leur mode de constitution ni par leur fonctionnement. Plutôt même, la structure juridique de l'acte de fondation se présente comme défavorisant l'admission de l'acte unilatéral de société : « *le propre de la fondation est de se détacher de la personne du fondateur et d'échapper, par cela même qu'elle existe, à sa libre disposition* »¹²²¹ alors que l'acte unilatéral de société n'aspire pas à promouvoir un intérêt spécifique comme support de la personnalité morale mais uniquement à accorder la faveur de la

¹²²¹ L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* », t. I, LGDJ., 2^e éd. p. 25.

limitation de responsabilité à l'exploitant individuel. En outre, l'élaboration d'une théorie unitaire de l'acte fondateur d'une personne morale s'est révélée décevante et dépourvue de conséquences. C'est la raison pour laquelle la doctrine préfère justifier la société unipersonnelle par l'organisation de son fonctionnement. Cependant, dépasser le cadre de la nature juridique de l'acte fondateur d'une personne morale oblige à traiter de l'incidence de l'unicité de la personne sur l'organisation. Cela permet, d'une part, de savoir si l'unicité, en elle-même, ne constitue pas un obstacle à une organisation construite ou élaborée dans un intérêt déterminé spécifique et distinct de celui de l'associé unique et, d'autre part, d'analyser l'incidence de l'unicité sur les effets juridiquement et techniquement attendus de l'existence d'une personne morale.

Section 2. L'échec de l'organisation légale à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle

326. Selon certains auteurs, la personnalisation ne doit être possible que si l'activité qui implique l'autonomie est une activité finalisée et si sa finalité peut être considérée comme légitime¹²²². La notion d'intérêt est ainsi définie comme « *une notion à contenu variable irréductible à l'objet¹²²³ 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* »¹²²⁴. L'intérêt est l'activité finalisée, le lien entre l'activité et sa finalité¹²²⁵. Plus clairement, selon cette conception pragmatique, il n'est pas de l'essence de la personnalité morale d'être un groupement de personnes. Celle-ci est à la fois un concept et une construction juridique ayant pour objectif de donner une autonomie juridique à une activité exercée par une ou plusieurs personnes. Selon J. PAILLUSSEAU, le besoin - l'intérêt - de l'existence d'une personnalité morale ne

¹²²² J. PAILLUSSEAU, « *Le droit moderne de la personnalité morale* », op. cit., n° 20 et s : si la personnalité morale naît du besoin de donner une autonomie juridique à l'exercice d'une activité, ce besoin ne peut être retenu que s'il apparaît légitime que telle activité ou tel type d'activité, en raison de sa finalité ou de sa nature, nécessite effectivement une autonomie juridique. - V. aussi N. MATHEY, thèse, préc., n° 106 et s : plusieurs textes font référence à la légitimité de l'intérêt ; spéc., n° 118 : l'intérêt apparaît comme une notion de droit positif, ayant une double fonction normative et explicative. La légitimité permet de distinguer les intérêts juridiques de ceux qui le sont pas, la légitimité étant attachée au caractère universalisable de l'intérêt considéré ; Ibid., n° 110 : la légitimité n'est pas uniquement de source légale ; Ibid., n° 111 : la légitimité ne peut être définie uniquement par rapport à l'individu, elle n'est pas purement individuelle. La légitimité caractérise un intérêt qui peut être partagé par tous.

¹²²³ L'objet est l'ensemble des activités que peut exercer une personne morale.

¹²²⁴ N. MATHEY, thèse, préc., n° 356-2, p. 151 ; V. aussi, Ibid., n° 203, p. 70 : « *l'idée remplit dans la théorie de l'institution le rôle que remplit l'intérêt dans la théorie de la réalité : elles sont le fondement de l'institutionnalisation dans l'une et de la personification dans l'autre. Cependant, si le rapprochement est légitime il est préférable à 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* ».

¹²²⁵ N. MATHEY, thèse, préc., n° 183, p. 60.

naît pas du seul fait de l'existence de ces personnes, qu'elles soient groupées ou indépendantes, mais du besoin qu'elles ressentent de conférer une autonomie juridique à leur opération, à leur action, à leur activité ou à leur entreprise¹²²⁶.

Ainsi, cette doctrine, tout en retenant une conception floue de l'intérêt de la personne morale, ramène la personnalité morale à une technique utilitaire. En effet, si la doctrine classique est unanime pour considérer que l'existence d'un intérêt autonome est de l'essence de la personnalité morale, la doctrine de l'entreprise analyse la personnalité morale comme une technique d'autonomisation d'intérêt. Plus clairement, même s'il n'existe pas une réalité préalable justifiant la personnification, le droit peut, par le biais, d'une organisation légale et impérative, permettre de détacher l'intérêt de la personne morale de l'intérêt de ses membres. Il s'agit, précisément, de créer artificiellement cette autonomie d'intérêt en identifiant la personnalité morale à partir d'une organisation légale d'une activité finalisée.

Il convient néanmoins de préciser la place de l'organisation en droit de la personnalité morale avant d'étudier l'incidence de l'unicité d'associé sur la distinction des intérêts dans la société unipersonnelle et de relever que l'unicité d'associé fait obstacle à l'autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle.

§1 : La place de l'organisation en droit de la personnalité morale

§2 : L'incidence de l'unicité d'associé sur la distinction des intérêts dans la société unipersonnelle

§1. La place de l'organisation en droit de la personnalité morale

327. Si l'aptitude à la personnification est fondée sur l'existence d'un intérêt collectif, la naissance de la personne morale, en tant que réalité de la technique juridique, exige une organisation afin que la personne morale puisse accomplir les actes de la vie juridique. À la nécessité d'un intérêt collectif doit se joindre la nécessité d'une organisation permettant de dégager une volonté collective. Plus précisément, sans être au fondement même de la personnalité morale, une organisation construite autour de l'intérêt collectif est nécessaire. En d'autres termes, l'existence d'un intérêt collectif ne suffit pas à la naissance d'une personne morale. Ainsi, certains groupements sont dotés d'un intérêt collectif alors qu'ils sont dépourvus de la personnalité morale. C'est le cas notamment de la société en participation ou des associations et syndicats non déclarés. Pour qu'il y ait personnalité morale, il faut que le législateur en reconnaisse la légitimité et accorde une organisation personnifiante permettant de mettre en œuvre une volonté juridiquement propre.

¹²²⁶ J. PAILLUSSEAU, « *Le droit moderne de la personnalité morale* », op. cit., n° 14.

La nécessité d'une organisation, permettant à la personne morale d'agir sur la scène juridique, n'est pas contestée. Toutefois, il convient de remarquer d'emblée qu'en raison de la finalité du groupement ou de l'intérêt particulier dont la personne morale a la charge, les règles d'organisation diffèrent d'une personne morale à l'autre. En effet, les règles d'organisation concernent seulement la capacité de la personne, qui est variable, et non sa personnalité même, qui demeure constante. Cette affirmation générale est nécessaire pour comprendre la place de l'organisation en droit des personnes morale.

Plus précisément, une fois leur personnalité morale reconnue, les personnes morales disposent par principe d'une capacité destinée à garantir la réalisation, sur la scène juridique, de l'intérêt collectif qu'elles représentent¹²²⁷. Ainsi, en matière de capacité, il est classique de distinguer entre capacité de jouissance, consacrant l'aptitude à devenir titulaire de droits ou à supporter des obligations, et capacité d'exercice, permettant de mettre en œuvre un droit dont on est titulaire.

328. Quant à la capacité de jouissance, il est courant de relever sa proximité avec la personnalité juridique. La raison est que la personnalité morale, comme la personnalité juridique en général, doit entraîner la reconnaissance d'une capacité de jouissance minimale, composé d'un droit d'ester en justice et d'un patrimoine¹²²⁸. Ces éléments sont en vérité nécessaires à la réalisation de l'intérêt de la personne morale. Il faut cependant se garder de confondre la personnalité morale, qui reste un concept constant, avec la capacité de jouissance, qui est variable d'une personne morale à une autre. Ainsi, à la différence des personnes physiques, le principe de spécialité limite la capacité de jouissance de personnes morales¹²²⁹ en leur assignant une sphère d'activité limitée à un domaine bien déterminé. Le principe de spécialité constitue l'un des aspects du légalisme des personnes morales et conduit essentiellement à distinguer deux types de personnes morales : il y aurait, d'une part, les personnes morales à but lucratif et, d'autre part, les personnes morales à but non lucratif¹²³⁰. Il en résulte que les actes accomplis par les personnes morales en méconnaissance du principe de spécialité légale s'exposent à des sanctions diverses : nullité de l'acte ou requalification du groupement qui peut entraîner la perte de la personnalité morale¹²³¹. Dans ce sens, « *la spécialité légale n'est pas une restriction à la personnalité.*

¹²²⁷ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé...* », op. cit., n° 553, p. 310.

¹²²⁸ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé...* », op. cit., n° 557, p. 312 et s : Toute personne morale quelque soit sa nature ou son objet social, doit disposer donc, au minimum, de ces deux attributs, sans lesquels la raison d'être de la personnalité morale disparaîtrait.

¹²²⁹ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé...* », op. cit., n° 556.

¹²³⁰ V. SIMONART, « *La personnalité morale en droit privé comparé* », Bruylant-Bruxelles, 1995, Préface P. VAN OMMESLAGHE, n° 215, p. 179.

¹²³¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 718, spéc., n° 678: une société qui userait des formes de publicité prévues pour les associations s'expose au risque de perdre toute personnalité morale.

Elle atteint seulement la capacité de la personne et non sa personnalité »¹²³². Le principe de la nullité des actes qui dépassent la spécialité légale s'impose dans la mesure où celle-ci pose une règle de capacité¹²³³. Cela étant, les règles d'organisation concernent aussi la capacité d'exercice. Toute personne morale doit pouvoir agir sur la scène juridique. Notamment, toute personne morale doit avoir la capacité d'agir en justice pour défendre l'intérêt propre de la personne morale ; elle doit aussi avoir la capacité de contracter. Toutefois, la personne morale ne peut agir que par l'intermédiaire de son ou ses organes, dont la désignation et les compétences relèvent des règles d'organisation. Dans cet ordre d'idée, pour mieux apprécier la place de l'organisation, il convient de la distinguer de la personnalité morale avant d'affirmer sa nécessité.

329. H. KELSEN ne voyait pas dans la personnalité morale autre chose qu'une organisation¹²³⁴. R. CARRÉ DE MALBERG, qui a perçu l'importance de la notion d'organisation, considère que celle-ci permet au groupement de produire une volonté unifiée et constitue à ce titre le fait générateur de la personnalité morale. Autrement dit, la personne morale est perçue comme une réalité exclusivement juridique dont le seul élément générateur est l'organisation unifiante¹²³⁵.

Toutefois, précisant la place de l'organisation dans le droit de la personnalité morale, la doctrine a toujours contesté cette analyse¹²³⁶. L'insuffisance de l'organisation résulte de l'insuffisance de la volonté comme fondement de la personnalité morale. D'une part, l'exemple des personnes physiques montre, à l'évidence, que la volonté n'était pas toujours de l'essence de la personne. Plus précisément, l'absence de volonté n'a jamais empêché de reconnaître la personnalité des êtres humains dénués de tout ou partie de leur volonté tel que le fou et l'*infans*. D'autre part, la personnalité morale n'est pas réductible à l'organisation dont elle dispose¹²³⁷. En effet, conformément à la théorie de la réalité technique, la volonté n'est « *qu'un élément relativement secondaire. Car ce n'est pas elle qui est à la base du droit ;*

¹²³² N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 750, p. 357.

¹²³³ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 750, p. 358.

¹²³⁴ H. KELSEN, « *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* », Bruylant LGDJ., 1997, p. 161 et s.

¹²³⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, « *Contribution à la théorie général de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* », t. II, Sirey 1922, spécialement, n° 32 et 374. – Sur cette théorie, V. N. BARUCHEL, « *La personnalité morale...* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 78, n° 574 et n° 575 : ce constat est confirmé par le droit positif qui admet que la transformation régulière de l'organisation d'une société n'entraîne pas pour autant la création d'une personne morale nouvelle. Il s'ensuit que le changement de l'organisation est neutre au regard de la notion de personnalité morale. Quelle que soit la façon dont la capacité d'exercice est mise en œuvre par l'organisation de la personne morale, la personnalité morale demeure une notion constante.

¹²³⁶ V. notamment, J.-P. VERSCHAVE, « *Essai sur le principe d'unité du patrimoine* », thèse Lille II, 1984, n° 319, p. 400 : cet auteur dénonce le fait que certains auteurs confondent entre « groupement » et « organisation ».

¹²³⁷ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale...* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 78 et n° 574 et s.

elle n'en fait partie que comme étant un des éléments nécessaires du moyen mis à la disposition de l'intérêt pour qu'il devienne un droit subjectif. C'est donc l'intérêt qui est l'élément primordial, celui que la loi a en vue quand elle reconnaît l'existence d'un droit »¹²³⁸. Plus clairement, « la volonté, élément externe et formel du droit, n'a pas besoin d'être toujours présente » ; « il suffit qu'elle soit apte à intervenir quand elle sera nécessaire, et « cette nécessité ne se produira que si le droit est attaqué ou menacé »¹²³⁹. Dans cet ordre d'idée, la théorie de l'organe, développée en France par R. CARRÉ DE MALBERG, permet une plus grande imputation à la personne morale des actes de l'organe, mais cette théorie met en évidence l'absence d'une volonté naturelle propre de la personne morale¹²⁴⁰. Selon N. MATHEY, l'absence d'une volonté propre réelle n'est donc pas un handicap insurmontable pour engager la responsabilité des personnes morale, 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. Par conséquent, 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 négatrice de la personnalité morale¹²⁴¹.

330. Selon N. MATHEY, la forme de l'organisation adoptée est indifférente et il faut distinguer ce qui relève de l'organisation et ce qui est propre à la personnalité morale¹²⁴². L'organisation n'est pas propre à la personnalité morale¹²⁴³. L'organisation n'est pas l'œuvre de la personnalité morale qui n'est pas en elle-même source de règles d'organisation¹²⁴⁴. Les règles qui régissent l'organisation et celles qui régissent la personnalité ne sont pas nécessairement les mêmes¹²⁴⁵. « 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 développe 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, mais une activité. Cela justifie l'apparition des notions particulières à la matière. Elles

¹²³⁸ L. MICHOU, t. 1, op. cit., n° 74 A, p. 177.

¹²³⁹ L. MICHOU, t. 1, op. cit., n° 74 A, p. 178.

¹²⁴⁰ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, 2001, n° 592 et s, spécialement n° 609.

¹²⁴¹ N. MATHEY, thèse, préc., n° 592 et s, spécialement n° 612.

¹²⁴² N. MATHEY, thèse, préc., n° 633, p. 291.

¹²⁴³ N. MATHEY, thèse, préc., n° 617, p. 281

¹²⁴⁴ N. MATHEY, thèse, préc., n° 631, p. 290.

¹²⁴⁵ N. MATHEY, thèse, préc., n° 632, p. 290.

déterminent un cadre dans lequel se développe l'activité de la personne morale et en constituent les limites »¹²⁴⁶.

En résumé, selon la théorie de la réalité technique, adoptée par L. MICHOU, si le fondement du droit subjectif est l'intérêt, la volonté n'a pas complètement disparue. La volonté intervient, en effet, comme un moyen de réalisation de l'intérêt. Sans être le fondement du droit subjectif, la volonté apparaît comme un second élément, secondaire mais essentiel, composant le droit subjectif et permettant à une personne d'agir et d'exercer les droits qu'on lui attribue. La volonté n'est véritablement nécessaire que pour protéger le droit subjectif¹²⁴⁷. Dans ce même sillage, N. BARUCHEL précise que « seuls les groupement de personnes sont en principe susceptibles d'être personnifiés, à condition qu'ils disposent d'une organisation capable de réaliser l'intérêt collectif qu'ils représentent. Le critère décisif ne réside pas dans l'organisation, qui peut appartenir à tout groupement de droit ou de fait. La théorie du mandat permet en outre la représentation d'une pluralité de personnes alors même que celle-ci ne bénéficie pas d'une autonomie juridique. L'existence d'un intérêt collectif est donc le critère déterminant de la distinction entre groupement de fait et groupement de droit, l'organisation ne constituant qu'un élément nécessaire mais accessoire »¹²⁴⁸.

331. Le fondement de la personnalité morale réside dans l'existence d'un intérêt distinct mais l'existence de celui-ci n'est pas suffisante à la naissance de la personne morale. Corrélativement, en elle-même, l'organisation ne détermine pas une aptitude à la personnification, mais il n'en demeure pas moins qu'elle est nécessaire à la naissance de la personne morale.

En application de cette idée, le droit positif subordonne la naissance d'une personne morale à l'obligation d'immatriculation dans un registre spécial ou à une obligation de publicité. Il en résulte que l'adhésion à la théorie de la réalité technique implique non seulement le rejet des propositions de la théorie de la fiction, qui subordonnent l'attribution de la personnalité morale uniquement à une décision législative, mais également celles des théories de la réalité concrète qui admettent la spontanéité de la personnalité morale : une décision par une autorité compétente (une loi ou une jurisprudence) est indispensable pour la reconnaissance de la personnalité morale au groupement. L'existence d'un intérêt collectif conditionne l'aptitude à la personnification, alors que la naissance de la personne morale obéit à d'autres conditions de publicité et d'organisation autour de cet intérêt collectif. Cette organisation spécifique permet de protéger, de mettre en œuvre ou de réaliser cet intérêt collectif par des techniques appropriées. La consécration de la théorie de la réalité technique n'exclut donc pas l'intervention du législateur.

¹²⁴⁶ N. MATHEY, thèse, préc., n° 159, p. 50.

¹²⁴⁷ L. MICHOU, op. cit., n° 47 et s, spécialement, n° 53.

¹²⁴⁸ N. BARUCHEL, « La personnalité morale... », op. cit., n° 581.

332. Cela étant, il reste qu'en matière d'organisation, deux éléments semblent déterminants : la possibilité de dégager une volonté collective et la présence d'organes propres à exprimer et à défendre l'intérêt collectif¹²⁴⁹. L'organisation est l'acte fondateur par lequel sont créés les organes de la personne morale¹²⁵⁰. Selon R. CLEMENS, l'organisation est « l'opération par laquelle chacun devient organe, c'est-à-dire n'est pas lui-même dans la mesure de la qualité commune »¹²⁵¹. Selon le vocabulaire CORNU, l'organe est « un individu ou un groupe d'individus, investi du pouvoir d'assurer, avec ou sans représentation, le fonctionnement de la personne morale ». Sans organe « la personnalité morale n'aurait aucune possibilité de manifestation dans le monde juridique »¹²⁵². La nécessité d'un organe de direction dans toutes les espèces de personnes morales permet d'affirmer qu'il s'agit d'un élément essentiel à la personnalité morale. Il existe dans les groupements personnifiés, comme les sociétés, ainsi que dans les institutions sans membres, telle que la fondation¹²⁵³. 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 tous¹²⁵⁴. La théorie de l'organe est conforme à la réalité technique de la personnalité morale¹²⁵⁵.

¹²⁴⁹ N. BARUCHEL, op. cit., n° 77 et s ; V. également, Ibid., n°, 574 et n° 559 et s. et n° 68.

¹²⁵⁰ N. MATHEY, thèse, préc., n° 614, p. 281 : L'organisation est aussi un fait. L'organisation détermine les procédures et les compétences internes. L'organisation est un fait institutionnel ou normatif en ce sens qu'une fois l'opération d'organisation achevée, elle laisse substituer 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. – V. également, L. MICHOU, op. cit., t. I, n° 60 : « l'organisation juridique dont il est produit appartient à l'essence de la personne morale ; elle est comme son corps juridique, sans laquelle elle est incapable d'existence ».

¹²⁵¹ R. CLEMENS, « Personnalité morale et personnalité juridique », Sirey 1935, p. 182.

¹²⁵² P. COULOMBEL, « Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé », thèse, Nancy, 1950, p. 308 et s : un point est certain : une personne morale ne peut agir dans le monde juridique que par l'intermédiaire de personnes physiques, le problème de la mise en œuvre de l'activité d'une personne morale est donc le problème de l'affectation d'activités des personnes physiques à la personne morale. En théorie, il suffit d'une personne physique pour jouer ce rôle de moyen d'expression nécessaire de la personne morale, mais il en faut au moins une. En pratique, il y en a davantage, ou parce que la loi l'exige ainsi, ou parce que les statuts le prévoient ainsi. La personne morale n'agit alors valablement sur le plan du droit que par l'intermédiaire nécessaire de toutes les personnes physiques que la loi ou les statuts ont prévues.

¹²⁵³ N. MATHEY, thèse, préc., n° 323, p. 133.

¹²⁵⁴ N. MATHEY, thèse, préc., n° 324.

¹²⁵⁵ P. COULOMBEL, « Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé », thèse, Nancy, 1950, p. 310 : l'idée de mandat, forme classique de la représentation, doit être rejetée. En réalité, le mandat suppose qu'existe, en plus d'une volonté du mandataire, une volonté du mandant ayant donné expressément ou tacitement le mandat au mandataire. Or, la personne morale n'a pas de volonté qu'expriment pour elle ses prétendus mandataires. L'idée de représentation légale est plus satisfaisante, mais elle n'est pas unanimement admise, puisqu'elle évoque nécessairement l'existence de deux personnes distinctes. Or, on ne peut pas distinguer la personne morale de ses administrateurs ou directeurs. En effet, le mineur, dont le tuteur est représentant légal, est un être humain susceptible d'agir par lui-même, au moins lorsqu'il a un certain âge. Au contraire, la personne morale n'existe dans le monde juridique que par ses représentants. En bref, le représentant et le représenté sont et reste deux, alors que « le groupe et l'organe sont et reste une seule et même personne »

333. L'organe constitue le substrat de la personne morale en assurant le bon fonctionnement du groupement et en donnant à celui-ci une possibilité d'expression collective. Toutefois, si la personne morale doit disposer d'un organe permettant de réaliser son intérêt, c'est, précisément, l'existence d'une réalité collective qui fait de l'organe une nécessité à la fois juridique et technique. En droit de la personnalité morale, l'organe assure la défense et la réalisation de l'intérêt collectif d'un groupement de personnes. Il est inutile de fonder une personne morale pour représenter l'intérêt d'une seule personne. Il est impossible qu'un organe représente des intérêts opposés. La personnalité morale apparaît donc comme une technique juridique consacrant l'existence d'un groupement de personnes défendant un intérêt collectif et doté d'une organisation propre à l'exprimer¹²⁵⁶.

334. Dans cette optique, selon N. BARUCHEL, suivant la thèse adoptée par M. HAURIOU, la personnalité morale est moins attachée à l'organe qu'à la délibération qu'il entraîne¹²⁵⁷. Ainsi, pour M. HAURIOU, la personnalité morale « n'apparaît qu'avec une certaine espèce d'organe qui est l'organe délibérant et à raison du caractère représentatif et rationnel de la délibération »¹²⁵⁸. Dans cette optique, ce qui distingue l'institution personnifiée d'un simple groupement de fait, c'est précisément l'organisation délibérante. L'organe délibérant, qu'il statue à l'unanimité ou à la majorité, permet de garantir que la décision collective est bien le reflet de l'intérêt collectif et non du seul intérêt personnel de l'un des membres¹²⁵⁹.

En pratique, l'organe délibérant est constitué par l'assemblée générale dont toute personne morale doit disposer pour assurer cette fonction. Dans cette perspective, si la personnalité morale suppose une capacité de jouissance minimum, composée d'un droit d'ester en justice et d'un patrimoine, la capacité d'exercice de la personne morale exige, au minimum, la présence d'un organe délibérant¹²⁶⁰. En effet, d'autres organes, dotés de certains pouvoirs d'exécution ou de contrôle, peuvent facultativement figurer dans l'organisation de la personne morale, mais il importe de rappeler que c'est l'organe délibérant, généralement composé des membres, qui se présente comme l'organe souverain en contrôlant la conformité des décisions prises à l'intérêt collectif du groupement. L'existence de cette organisation délibérante manifeste ainsi la distinction entre l'intérêt de la personne morale et l'intérêt de ses

disait JELLINEK. Cette idée évoque très fortement l'incarnation de la personne morale par ses organes. – Toutefois, il convient de préciser que l'intérêt de l'organe dirigeant se distingue de l'intérêt de la personne morale. En effet, les dirigeants ont un devoir de loyauté à l'égard de la personne morale et doivent se conformer à l'intérêt de la personne morale. Notamment, en cas de conflit d'intérêts, les dirigeants peuvent engager leur responsabilité civile ou même pénale.

¹²⁵⁶ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé...* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 579, p. 323.

¹²⁵⁷ N. BARUCHEL, op. cit., n° 561, p. 314.

¹²⁵⁸ M. HAURIOU, « *Principes de droit public* », Sirey 1^{ère} éd. 1910, Préface, p. 12.

¹²⁵⁹ N. BARUCHEL, op. cit., n° 563, p. 315.

¹²⁶⁰ N. BARUCHEL, op. cit., n° 564, p. 316.

membres, spécialement lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la capacité de contracter. L'existence de deux sujets de droit autorise la conclusion des contrats entre la personne morale et l'un de ses membres, mais certaines conventions sont interdites¹²⁶¹ et d'autres font l'objet de réglementations particulières¹²⁶² en raison des conflits d'intérêts. Cette réglementation manifeste ainsi la nécessité, au minimum, d'une organisation délibérante dont les membres se contrôlent mutuellement. De même, les actes des dirigeants doivent être conformes à l'intérêt de la personne morale et sont, en conséquence, soumis au contrôle de l'assemblée délibérante. Selon P. LE CANNU et B. DONDERO, la personnalité juridique a été, dès l'origine, considérée comme un moyen commode de poursuivre une collectivité (droit des créanciers de ne pas diviser leur poursuite contre chacun des associés), et comme un avantage accordé à ceux qui peuvent mutuellement se contrôler (la pluralité d'associés constitue une garantie de fonctionnement de la personne morale)¹²⁶³. Dans le même sens, le principe d'égalité des membres empêche aussi que l'intérêt de la personne morale se réduise à l'intérêt d'un seul et favorise la prise de décisions plus rationnelles : « un a toujours tort, à deux la vérité commence »¹²⁶⁴.

§2. L'incidence de l'unicité d'associé sur la distinction des intérêts dans la société unipersonnelle

335. L'absence d'autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle apparaît au regard du contenu de la notion d'intérêt social et de son usage. Il ne s'agit pas de revenir sur la nécessité de l'intérêt collectif au regard de la nature immanente de la personne morale mais de dégager et de préciser les conséquences de son absence. Plus précisément, il s'agit de montrer, d'une part, l'absence dans la société unipersonnelle d'un intérêt spécifique de nature à justifier sa personnification et, d'autre part, l'inutilité d'une organisation personnifiante.

A. L'unicité d'associé obstacle à l'autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle

¹²⁶¹ Dans la SARL, l'article L. 223-21, dans la SAS l'article 227-12 du Code de commerce.

¹²⁶² Dans la SARL l'article L. 223-19, dans la SAS l'article 227-10 du Code de commerce. – de même, la loi NRE du 15 mai 2001 a créé au nom de la transparence, une procédure de contrôle des conventions passées entre une personne morale de droit privé non commerçant ayant une activité économique (ou une association ayant reçu annuellement de l'État ou de ses établissements publics ou des collectivités locales une subvention dont le montant est 150 000 euro) et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes exerçant un rôle de mandataire social. Dans ce cas, le représentant légal ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'organe délibérant un rapport sur la convention. En l'absence d'un organe délibérant, le rapport est joint aux documents communiqués aux adhérents. En tous cas, à défaut d'être approuvée, la convention produit ses effets mais les conséquences préjudiciables peuvent être mises à la charge de l'intéressé (article L. 612-5, L. 612-4, R.612-6 et R. 612-7 du Code de commerce).

¹²⁶³ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 132, p. 84.

¹²⁶⁴ F. NIETZSCHE, *Le gai savoir*.

336. De prime abord, la définition de l'intérêt comme une activité finalisée ou organisée, tout en supprimant la nécessité d'une réalité collective, conduit à une conception floue de la notion d'intérêt. Notamment, l'entreprise individuelle constitue une activité organisée et finalisée sans que l'on puisse prétendre qu'elle ait un intérêt propre¹²⁶⁵. Il s'agit d'une activité exercée individuellement et qui a pour finalité l'enrichissement personnel de l'entrepreneur. De la même façon, la finalité de la société unipersonnelle est l'enrichissement de l'associé unique, avec cette conséquence que la société unipersonnelle ne peut pas avoir, juridiquement, un intérêt autonome par rapport à l'associé unique. Le lien entre l'activité et sa finalité apparaît donc impropre à dégager ou à expliquer l'existence d'une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle.

Plus clairement, il n'y a aucun lien entre la forme d'organisation et l'existence d'un intérêt autonome. Rien ne permet d'expliquer l'existence d'un intérêt autonome dans la société unipersonnelle, alors qu'il n'existe pas dans l'entreprise individuelle. L'intérêt de l'associé unique et l'intérêt de la société unipersonnelle sont à ce point identiques qu'il serait inutile et même absurde de les distinguer ou de les séparer sur un plan juridique.

Plus clairement encore, la transposition de l'intérêt social défini comme l'intérêt immanent implique de remettre en cause l'existence d'un intérêt distinct dans la société unipersonnelle : l'intérêt de l'associé en tant qu'associé ne saurait constituer un intérêt spécifique distinct de l'intérêt de la société unipersonnelle.

337. Il est vrai qu'il existe une différence avec l'entreprise individuelle puisqu'au prix d'une organisation comptable, la société unipersonnelle devrait disposer d'une autonomie patrimoniale. En adoptant la forme de la société unipersonnelle, l'associé unique rend opposable une autonomie purement patrimoniale de l'entreprise. Toutefois, s'il existe dans la société unipersonnelle une organisation plus nuancée que dans l'entreprise unipersonnelle, cette organisation est purement patrimoniale et n'est pas construite autour d'un intérêt spécifique ou distinct de celui de l'associé unique. La société unipersonnelle est donc réduite à une technique d'organisation patrimoniale de l'entreprise individuelle, ou plutôt à une *technique d'organisation de l'activité de l'entrepreneur*. Cependant, jamais n'a été démontrée l'existence d'une organisation susceptible d'engendrer un intérêt propre à la société unipersonnelle et distinct de celui de l'associé¹²⁶⁶.

¹²⁶⁵ Sur l'absence d'autonomie d'intérêt dans l'entreprise : G. BLANC, « *Les frontières de l'entreprise en droit commercial (Brève contribution...)* » : D. 1999, chron., p. 415.

¹²⁶⁶ J.-P. DOM, « *Fiducie gestion et contrat de société* » : Rev. sociétés 2007, p. 481 : selon cet auteur, ce serait probablement commettre une grave erreur que de penser que la chiffre fait la loi : contrairement au transfert économique, le transfert juridique de propriété reste, dans son principe, des plus douteux. Dans la société personne morale, hormis les apports en industrie, les biens sont affectés juridiquement au patrimoine de l'entreprise. La comptabilité suit. Toutefois, les principes comptables dans leur logique contemporaine, se préoccupent plus de questions de pouvoir que

338. En effet, il est admis que l'organisation de la société ne peut pas être laissée à la discrétion de ses fondateurs ou de ses utilisateurs¹²⁶⁷. Il est, dès lors, nécessaire qu'une organisation d'ordre légal impose certaines restrictions qui limitent la liberté des associés concernant la légitimité et même parfois l'opportunité des décisions collectives. Il importe également, surtout lorsqu'il s'agit d'organiser une société-personne morale, que ces restrictions fassent apparaître l'existence d'un intérêt propre de la personne morale¹²⁶⁸. Plus précisément, il est indispensable non seulement de limiter la liberté de l'associé unique mais également de transformer la nature du droit de l'associé en passant du droit du propriétaire de l'entreprise à un droit assimilable à un droit de créancier (propriétaire uniquement de son titre). Or l'associé unique dispose, sur le patrimoine social, de libertés et de droits plus proches de ceux d'un propriétaire (entrepreneur individuel), avec cette conséquence que la personnalité morale ne produit aucun effet, elle est réduite à un groupement des biens. Cette situation peut correspondre à la division faite par HAURIOU entre les institution-choses et les institutions-personnes¹²⁶⁹. Dans notre domaine, la société unipersonnelle correspond plutôt à une institution-chose¹²⁷⁰. Comme l'entreprise individuelle qui est la chose de l'entrepreneur, la société unipersonnelle apparaît comme la chose de l'associé unique. Soutenir le contraire suppose que l'on ignore l'incidence de l'unicité d'associé sur le régime tant du fonctionnement de la société unipersonnelle que de sa dissolution. Cette affirmation générale doit cependant être mieux expliquée en choisissant certains exemples pratiques.

339. Tout d'abord, l'absence d'autonomie d'intérêt apparaît au regard des décisions unilatérales que l'associé unique est conduit à prendre au cours de la vie sociale. Il en est particulièrement ainsi de la décision unilatérale de distribution des

d'avoir. Plus clairement, d'un point de vue comptable, l'existence d'un pouvoir et/ou de risque économique prime sur la propriété. Le transfert d'une comptabilité à une autre n'est pas nécessairement le reflet d'un transfert de propriété.

¹²⁶⁷ J. PAILLUSSEAU, « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » JCP G 1986, 3242, spéc., n° 136.

¹²⁶⁸ V. cependant, J. PAILLUSSEAU, « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » JCP G 1986, 3242, spéc., n° 136 : si le législateur en créant la société unipersonnelle, ait laissé l'associé unique organiser unilatéralement et librement la limitation de sa responsabilité, il sera peu probable que ce dernier consente à limiter sa liberté pour assurer de manière générale la protection de ses créanciers, ou qu'il se contraigne à nommer un commissaire aux apports, ou qu'il accepte de sa propre initiative, de s'interdire de puiser dans la caisse sociale. La conception et la mise en œuvre de la protection des créanciers de la société ne peut être que le fait du législateur. Il doit l'imposer et la faire respecter.

¹²⁶⁹ M. HAURIOU, « *La théorie de l'institution et de la fondation* », Cahier de la nouvelle journée, n° 4, p. 11 et s.

¹²⁷⁰ Sur cette différence entre institution-personne qui jouie d'une certaine autonomie et l'institution-chose qui ne jouie d'aucune autonomie dans l'accomplissement de sa fonction sociale : G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur l'acte juridique collectif* », LGDJ., 1961, p. 199 et s. - R. PERROT, « *L'influence de la technique sur le but des institutions juridiques* », thèse, Paris, éd., Sirey 1947, n° 3, p. 5 et s.

bénéfices. Plus précisément, J.-P. GASTAUD propose de distinguer les personnes morales qui opèrent novation de droit de celles qui n'opèrent pas novation de droit¹²⁷¹. Pour cet auteur, la personnalité morale des sociétés produit un effet novatoire et c'est la raison pour laquelle il avait reproché à G. RIPERT d'avoir traité les bénéfices comme des fruits civils¹²⁷². Selon J.-P. GASTAUD, « *la qualification des bénéfices en fruits civils suppose nécessairement que l'associé reste propriétaire du bien par lui apporté, ce qui est contraire au principe même de personnification de la société* »¹²⁷³.

En effet, le droit aux dividendes était fondé historiquement sur la protection des créanciers. Mais l'évolution juridique le fonde aussi sur le droit des associés de participer aux résultats de l'entreprise. Priver certains associés de ce droit rend d'ailleurs leurs engagements sans cause. Le partage des bénéfices prouve que la société est constituée dans l'intérêt des associés et manifeste clairement l'immanence de l'intérêt de la personne morale. La nature juridique des dividendes suscite actuellement d'ardentes controverses¹²⁷⁴, mais ce qui nous intéresse est précisément

¹²⁷¹ J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 23 et spéc., n° 149.

¹²⁷² G. RIPERT, « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », LGDJ., 2^e éd. 1951, n° 133, p. 292 : selon G. RIPERT, « *l'attribution des bénéfices de l'entreprise ne fait aucune difficulté sous le régime capitaliste. La propriété donne droit aux fruits. Les bénéfices appartiennent au capital investi. Ce capital court les risques de l'entreprise. Qui court les risques doit avoir le profit... pour une société par actions, il faut considérer que les bénéfices sont attribués à la collectivité des actionnaires et non à chaque actionnaire individuellement. C'est seulement par la décision de l'Assemblée générale distribuant les bénéfices que chaque actionnaire devient créancier du dividende fixé* ».

¹²⁷³ J.-P. GASTAUD, « *Personnalité morale et droit subjectif* », LGDJ., 1977, Préface J.-P. SORTAIS, n° 108, p. 153.

¹²⁷⁴ La jurisprudence a considéré, tout d'abord, qu'il s'agissait de fruits civils « *en ce qu'ils sont réputés s'acquérir au jour le jour au cours de chaque exercice social* », pour ensuite déduire que les dividendes doivent être repartis *pro rata temporis* (Cass. civ. 21 octobre 1931 : D.P. 1933, p. 100, note P. CORDONNIER). – Selon R. MICHA-GOUDET, (R. MICHA-GOUDET, « *La nature juridique des dividendes* » : JCP E 1998, n° 3, p. 68.) cette solution semblait procéder d'une confusion entre bénéfices distribuables et bénéfices distribués. Ainsi un arrêt de la Cour de Paris a précisé que « *les dividendes ne constituent ... pas des fruits civils au sens de l'article 584 du Code civil* ». Pour la Cour, l'existence et la distribution des dividendes sont incertaines (*la production des bénéfices au cours d'un exercice n'est pas régulière, un exercice d'abord bénéficiaire pendant quelques mois pouvant se solder par des pertes et inversement, les dividendes sont également variables et aléatoires même pour le dividende statutaire dont la répartition a un caractère obligatoire*) et ne présentent donc pas le double caractère de fixité et de périodicité, contrairement aux loyers, intérêts et arrrages dont l'échéance et le montant peuvent être fixés à l'avance. Il s'ensuit que c'est uniquement la décision de l'assemblée générale fixant la somme à distribuer qui fait naître un droit sur les dividendes au profit de l'actionnaire : CA Paris, 3^e ch. 15 novembre 1976 : JCP G 1979, II, 19129, note J. EVESQUE ; D. 1978. IR. P. 249, obs. J.-Cl. BOUSQUET. – De même, un arrêt du 23 octobre 1990 avait rejeté la qualification de fruits pour les mêmes motifs à savoir que les dividendes ne présentent ce double caractère de fixité et de périodicité. Cet arrêt avait affirmé également que « *c'est la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice sous forme de dividendes qui confère à ceux-ci d'existence juridique* » : Cass. com. 23 oct. 1990 : Bull. joly 1991, p. 657, § 243 ; JCP E 1991, II, 127, note P. SERLOOTEN ; D. 1991, 173, note Y. REINHARD ; JCP N 1991, II, 97, note M. MARTEAU-PETIT ; RTD civ., 1991, p. 361, obs. F. ZÉNATI. – Cependant, affinant sa position, la jurisprudence actuelle considère que les dividendes participent de la nature de fruit mais sans les assimiler aux fruits civils

le pouvoir décisionnel de l'opportunité de la distribution. Dans un système collectif, si le droit sur les bénéfices est la contrepartie de l'apport fait par chaque associé, ce droit n'est pas direct puisqu'il est soumis au double aléa de la vie économique et d'une décision de l'assemblée générale. Plus clairement, le droit sur les bénéfices distribuables ne suppose pas uniquement qu'il y ait des bénéfices, ce qui va de soi, mais que l'assemblée générale décide de les distribuer. S'il est vrai que le droit de l'associé sur les dividendes est un droit par nature égoïste, c'est l'existence d'un ordre collectif qui l'insère dans un système organisé permettant de jouer un rôle de transformation de son contenu.

Or, lorsque la société est unipersonnelle, la modalité de prise de décision est un simple acte unilatéral. L'opportunité de la décision de distribution des bénéfices relève du seul pouvoir de l'associé unique. Tant que l'entreprise est *in bonis*, aucun contrôle de cette décision ne peut s'effectuer. Le droit de l'associé unique sur les bénéfices est direct. En d'autres termes, pour qu'il y ait distinction d'intérêts, il faudrait, au moins, que l'on puisse caractériser que l'associé unique (surtout lorsqu'il est gérant) détient à l'encontre de la personne morale ou dans l'exercice de ses fonctions non un droit subjectif mais un pouvoir. Plus clairement, le droit de l'associé doit être plus proche d'un droit-fonction que d'un droit de propriété. Or, dans une

puisque le fruit-dividende, comme fruit de l'action ou de la part sociale, ne s'acquière pas périodiquement au jour le jour mais, à défaut d'être prévu dans les statuts, c'est la décision collective de l'assemblée générale de distribution qui confère aux dividendes une existence juridique. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1984 avait décidé que ne sont des fruits que « *les sommes qui, faisant partie des bénéfices distribuables, doivent en vertu des statuts, être réparties entre les ayants-droit, ainsi ayant fait l'objet d'une décision de distribution entre les associés* » : Cass. com., 23 octobre 1984 : Rev. sociétés 1986, p. 97, note J.-J. DAIGRE. – En ce sens, Cass. civ., 11 mars 1986 : Bull. joly 1986, 506, note W. LE BRAS. – Cette position est affirmée en 1999 (Cass. com., 5 octobre 1999 : Bull. joly 1999, § 258, note A. COURET ; Dr. sociétés 1999, n° 183, obs. H. HOVASSE ; Rev. dr. Bancaire 1999, 249, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; RJ com., 2000, 127, note T. GRANIER ; D. 2000, note G. MORRIS-BECQUET ; JCP E 2000, 613, note R. BESNARD-GOUDET ; Th. BONNEAU, « *Retour en arrière (ou révolution ?) : les dividendes participent à nouveau de la nature de fruits (civils ?)* » : Dr. sociétés 2000, chron., 1 : « *seules les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable, sont, soit en vertu des statuts, soit après décision de l'assemblée générale, réparties entre les actionnaires participant de la nature des fruits* ») et maintenue constamment par la jurisprudence. Selon un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 novembre 2006, « *si les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, après décision de l'assemblée générale, réparties entre les associés, participent de la nature des fruits, ces dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence des sommes distribuables, et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé* » : à propos de cet arrêt V. A. LIENHARD, « *Les dividendes n'existent pas juridiquement avant la décision de distribution* » : D. 2007, p. 3055; F. DEBOISSY et G. WICKER, « *Portée juridique et fiscale d'une convention de répartition des bénéfices en cours d'exercice entre cédant et cessionnaire de titre sociaux* » : JCP E 2007, n° 1361, p. 33; A. CERATI-GAUTHIER, « *Les dividendes sont toujours des fruits* » : Revue Lamy droit des affaires, 2007, n° 13, p. 10. – V. également, Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2006: Bull. joly 2007, n° 3, p. 363, note, Th. REVET. – Th. REVET, « *L'acquisition du dividende (à propos de l'arrêt Ch. com, du 12 févr. 2008)* » : Bull. joly 2008, n° 11, p. 938. – Cass. com., 10 février 2009 : Bull. joly 2009, n° 7, p. 699, note S. TORCK : *la mise en réserve du bénéfice par l'usufruitier ne constitue pas une donation au nu-propriétaire*. – V. cependant, contra., CA Lyon 23 février 1984 : D. 1985, 127, note H. CROZE et Y. REINHARD, pour qui les dividendes sont des « *revenus de l'activité de l'entreprise* ».

société unipersonnelle, l'associé unique peut décider librement de recevoir le revenu de l'activité de l'entreprise, comme s'il s'agissait d'une entreprise individuelle. Par voie de conséquence, ce droit direct sur les bénéficiaires conduit à traiter l'entreprise comme la propriété de l'associé unique, ce qui est contradictoire avec le principe même de la personnification de la société.

340. L'absence d'autonomie d'intérêt de la société unipersonnelle apparaît également au regard de l'acte unilatéral de dissolution. Pour éclaircir nos propos il convient, auparavant, de décrire la situation en matière de sociétés pluripersonnelles et de fondation.

Dans une société pluripersonnelle, les associés peuvent, par une décision collective, dissoudre la société, ce qui constitue une manifestation de la nature contractuelle de la société et de l'immanence de l'intérêt de la personne morale. Cependant, la présence d'une réalité collective garantit l'existence d'un certain détachement ou un minimum de détachement de l'intérêt de la personne morale par rapport à celui de ses membres. En cas d'absence de décision des associés, une décision judiciaire est nécessaire pour obtenir la dissolution. Au regard du droit des sociétés, la faculté de dissolution s'insère donc dans un système collectif hostile à la dissolution de la société par la volonté d'une seule personne. Plus précisément, dans les sociétés dont l'organisation est construite sur le principe de libre cession d'actions, le sort de la société ne dépend pas d'une seule personne. Dans les sociétés dont l'organisation est marquée par *l'intuitus personnae* le droit positif a développé des mesures, telles que le droit de retrait de l'associé ou éventuellement son exclusion, permettant de séparer l'intérêt de la personne morale de l'intérêt de ses membres sur un plan juridique¹²⁷⁵. L'existence d'une réalité collective est donc un moyen nécessaire pour permettre à l'intérêt de la personne morale de se judiciariser, ou plus exactement pour contrôler la conformité de la décision prise à l'intérêt de la personne morale.

¹²⁷⁵ Sur cette question : V. notamment : J.-P. STORCK, « *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé* » : Rev. sociétés 1982, p. 233. – G. DURAND-LÉPINE, « *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées* » : Petites affiches 24 juillet 1995, n° 88, p. 7. – J.-J. DAIGRE, « *De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution* » : Bull. joly 1996, § 204, p. 576. – I. PASCUAL, « *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés* » : RTD com., 1998, p. 273 : la prise en considération de la personne permet, en fait, d'exercer un contrôle sur l'exercice du pouvoir au sein de la société. Selon cet auteur, « *la prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés, tend à assurer la protection de l'individu, tout en garantissant les intérêts de la société. Deux hypothèses doivent, toutefois, être distinguées. Dans certains cas, c'est l'individu qui représente une menace pour la personne morale (lorsque, par exemple, une mésentente survient entre les partenaires ou lorsqu'un associé d'une société en nom collectif décède). Le droit permet, alors, de mettre au point certains procédés, destinés à minimiser le risque encouru. Dans d'autres cas, au contraire, c'est l'individu qui est menacé par la personne morale (le dirigeant abusivement révoqué). Le droit intervient alors pour assurer au mieux la protection des intérêts individuels, en évitant toutefois de porter atteinte aux intérêts sociaux* ».

Dans les fondations, le détachement de l'intérêt de la personne morale au regard de l'intérêt de ses membres apparaît plus intense et mieux renforcé que dans les sociétés pluripersonnelles. En effet, l'approbation de l'autorité administrative rend irrévocable l'acte constitutif de la fondation. Quant à la décision de dissolution, si elle ne résulte pas d'un décret de retrait de la reconnaissance d'utilité publique¹²⁷⁶, elle peut résulter d'une décision collective du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Cette dissolution volontaire ne prend effet qu'après approbation donnée, en principe, par décret en Conseil d'État pris sur rapport du ministre de l'intérieur¹²⁷⁷. A cela s'ajoute : d'une part, que le retrait de la reconnaissance d'utilité publique est un événement très rare et au surplus susceptible de recours en annulation¹²⁷⁸ ; d'autre part, qu'en raison de la notion de perpétuité inhérente à la fondation, la dissolution est un acte assez rare et exceptionnellement grave¹²⁷⁹. Quant aux effets de la dissolution d'une fondation, les ressources non employées et, le cas échéant, la dotation sont attribuées par le liquidateur à un ou plusieurs établissements publics ou reconnus d'utilité publique dont l'activité est analogue à celle de la fondation dissoute¹²⁸⁰.

En fin de compte, l'irrévocabilité de l'acte de fondation et le régime juridique de la dissolution interdisent toute symétrie avec la faculté unilatérale de dissolution dont dispose l'associé unique. Non seulement, l'autonomie d'intérêt de la fondation par rapport à son ou ses membres n'est pas contestée, mais également, il n'est pas possible de tirer argument d'une institution pour justifier l'autre. D'une part, quant à la décision elle-même, il n'existe aucune limite, aucun contrôle à cette faculté unilatérale de dissolution d'une société unipersonnelle. D'autre part, quant aux effets de l'acte unilatéral de dissolution, le patrimoine de la personne morale réintègre le patrimoine de l'associé unique. Comment peut-on justifier l'existence d'une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle si l'associé unique peut, par sa seule volonté, y mettre fin?

¹²⁷⁶ JurisClasseur administratif, V° Fondations, fasc. 165, par E. BREEN, n° 110 : ce décret abroge le décret de reconnaissance, dans les mêmes formes que celui-ci.

¹²⁷⁷ JurisClasseur administratif, V° Fondations, fasc. 165, par E. BREEN, n° 116 : Par exception, elle peut être donnée par arrêté du ministre de l'intérieur, lorsque sa décision est conforme à l'avis du Conseil d'État. Il faudrait remarquer également que la dissolution d'une fondation d'entreprise est soumise, elle aussi, à un à un contrôle par le commissaire aux comptes et par l'autorité administrative. Le commissaire aux comptes doit appeler l'attention du président ou des membres de la fondation d'entreprise sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'activité qu'il a relevé au cours de sa mission. Dans ce cas, le conseil est tenu d'en délibérer dans les conditions prévues à l'article 19-9 de la loi de 1987. Le même article fait une obligation au commissaire aux comptes, en cas de péril persistant, de rédiger un rapport spécial à l'attention de l'autorité administrative : Ibid., n° 149.

¹²⁷⁸ JurisClasseur administratif, V° Fondations, fasc. 165, par E. BREEN, n° 110 et s : Le Conseil d'État procède à un contrôle restreint des motifs. Quant aux motifs de retrait de la reconnaissance d'utilité publique, ils tiennent principalement à l'insuffisance des ressources propre à la fondation.

¹²⁷⁹ JurisClasseur administratif, V° Fondations, fasc. 165, par E. BREEN, n° 113.

¹²⁸⁰ JurisClasseur administratif, V° Fondations, fasc. 165, par E. BREEN, n° 115 et 155.

341. Dans ce contexte, il convient de relever l'absence au sein d'une société unipersonnelle d'une organisation délibérante alors que celle-ci constitue, selon la thèse adoptée par M. HAURIOU, l'élément permettant de distinguer les institutions personnifiées des groupements de fait¹²⁸¹. L'organe délibérant, qui est constitué par l'assemblée générale des associés, est remplacé dans une société unipersonnelle par une seule personne qui est l'associé unique. Par conséquent, les compétences ou les pouvoirs de l'assemblée générale, qui recouvrent principalement la prise de décisions collectives tendant à assurer le bon fonctionnement de la personne morale et à défendre l'intérêt propre du groupement, seront dévolues à l'associé unique qui procède par simple acte unilatéral. Si l'associé procède ainsi par simple acte unilatéral et ne peut pas déléguer ses pouvoirs, c'est que l'intérêt de la société unipersonnelle se confond avec son intérêt personnel. En particulier, les dispositions de l'article L. 223-19, alinéa 1^{er}, du Code de commerce relatives aux conventions réglementées seront exclues lorsque la société ne comporte qu'un seul associé. Dans ce cas, la convention conclue avec l'associé unique fait seulement l'objet d'une mention au registre des décisions (article L. 223-19, alinéa 3)¹²⁸². Dans une société unipersonnelle, la décision relève uniquement de la compétence de l'associé unique qui passe, surtout lorsqu'il est en même temps gérant, un véritable contrat avec soi-même alors que, dans une société pluripersonnelle, « le gérant ou l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité » (l'article L. 223-19, alinéa 1^{er}). Il y a donc deux règles d'organisation tout à fait contradictoires suivant que la société est uni ou pluripersonnelle, ce qui ne permet pas d'apercevoir une distinction d'intérêts entre la société unipersonnelle et son associé unique.

¹²⁸¹ M. HAURIOU, « *Principes de droit public* », Sirey 1^{ère} éd. 1910, Préface, p. 12. – Sur cette question V. notamment, N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé...* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 561, p. 314 et s.

¹²⁸² Autrefois appelée, par inadvertance, registre des délibérations alors qu'il n'y a qu'un seul associé intéressé à la décision prise. – V. également, N. BICHOT et Ch.-N. VAN DEN BROEK, « *L'apporteur peut-il voter l'apport en nature fait à la SASU dont il est l'actionnaire unique (C. com., art. L. 225-10)* » : Bull. july 2010, § 145, p. 694 : en effet, selon l'article L. 225-10 relativement à la SA et applicable à la SAS, « *Lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. L'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire* ». De même, selon l'article L. 225-149-3, l'inobservation de cette disposition est sanctionnée par la nullité. Cet article est considéré instituant un ordre public de protection non seulement des actionnaires autre que l'apporteur mais également de la société bénéficiaire elle-même ainsi que des tiers. Malgré l'absence d'une disposition particulière écartant l'application l'article L. 225-10 à la SASU, cet article ne peut pas recevoir application dans la mesure où il est incompatible avec les dispositions particulières régissant la SAS. On peut imaginer la possibilité de nommer un mandataire ad hoc, mais cette possibilité est dénuée d'intérêt dans la mesure où ce mandataire ne serait que le représentant de l'associé empêché. En conséquence, en cas de surévaluation, l'associé unique engagera sa responsabilité.

342. Il est, toutefois, impossible de conclure sans évoquer l'application d'abus des biens sociaux à la société unipersonnelle. Il s'agit, en effet, d'un exemple intéressant pour découvrir la distinction des intérêts. Le délit d'abus des biens sociaux peut-il se rencontrer en matière de société d'une seule personne ? La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de répondre à cette question par l'affirmative. Une entreprise unipersonnelle est une société à responsabilité limitée dont le gérant est pénalement responsable. Par conséquent, les dispositions pénales de la loi de 1966, relatives au gérant de SARL, sont applicables au gérant d'EURL¹²⁸³. Dans un autre arrêt du 20 février 2002, la chambre criminelle a confirmé sa position. En l'espèce, un homme, associé unique et gérant d'une EURL, ne supportant pas que sa femme l'ait quitté, avait engagé un détective privée pour la faire surveiller. Mais, au lieu de payer cette prestation sur son patrimoine personnel, il avait utilisé le chéquier de l'entreprise. La Chambre criminelle a retenu l'existence de l'infraction au motif qu'« une EURL était une personne morale dont les intérêts étaient distincts de son gérant et unique associé » et « qu'en utilisant indûment le chéquier de l'établissement à des fins personnelles, il avait commis un abus de biens sociaux caractérisé, nonobstant toute régularisation ultérieure »¹²⁸⁴.

L'applicabilité du délit abus des biens sociaux à la société unipersonnelle est controversée mais les arguments qui justifient la solution retenue semblent l'emporter, comme l'observe B. SAINTOURENS¹²⁸⁵. D'une part, il est traditionnel d'affirmer qu'en matière d'abus des biens sociaux, l'assentiment des associés à l'acte litigieux ne fait pas disparaître son caractère délictueux. Ce délit a certainement vocation à s'appliquer dans le cadre de l'EURL, le patrimoine propre de la société bénéficiant de la protection légale. D'autre part, la loi du 11 juillet 1985, en permettant à une seule personne de constituer une société à responsabilité limitée d'un type nouveau, n'a pas institué une catégorie nouvelle de société commerciale, puisqu'elle indique clairement qu'une SARL peut ne comprendre qu'un seul associé. Il en résulte qu'une EURL n'est qu'une SARL et que son dirigeant ne saurait détourner certains biens à des fins personnelles sans commettre un abus des biens sociaux.

Toutefois, si les arguments en faveur de l'applicabilité de ce délit à la société unipersonnelle paraissent emporter la conviction, le fondement de la solution reste contesté. Or le fondement de l'application de ce délit au gérant de la société unipersonnelle permet de renseigner sur la vraie nature de l'institution : patrimoine d'affectation ou personne morale ayant un intérêt juridiquement distinct de celui de l'associé unique.

¹²⁸³ Cass. crim., 14 juin 1993 : Bull. crim., n° 208; JCP E 1993, pan. 1231; Rev. sociétés, 1994, p. 90, note B. BOULOC; Bull. joly 1993, § 337, p. 1139, note B. SAINTOURENS.

¹²⁸⁴ Cass. crim. 20 février 2002 : Rev. sociétés, 2002, p. 546, obs. B. BOULOC.

¹²⁸⁵ B. SAINTOURENS, note sous Cass. crim., 14 juin 1993, préc.

Tout d'abord, l'intérêt des associés est le seul intérêt protégé par la sanction de l'abus des biens sociaux. L'application de ce délit ne conduit donc pas à faire surgir, au sein de la société unipersonnelle, un intérêt collectif qui serait constitué par l'intérêt des salariés ou celui des créanciers. La conception étroite des intérêts protégés au regard de la recevabilité de l'action civile témoigne de l'immanence de l'intérêt social aux intérêts des associés¹²⁸⁶.

Ensuite, au regard de la nature juridique de l'intérêt retenue en droit positif, la manque de logique a été signalé particulièrement à propos de la société unipersonnelle. Plus précisément, si l'on raisonne en termes d'intérêt et non en termes de patrimoine, on doit rejeter l'application de ce délit à l'associé unique. Plus précisément encore, si l'intérêt de la société est immanent et déterminé par référence à l'intérêt collectif et commun à tous les associés, il est clair qu'en cas d'unique associé, l'abus des biens ne peut pas léser un coassocié¹²⁸⁷. Si l'intérêt social est déterminé par référence à l'intérêt de l'associé, celui-ci ne subit certainement aucun préjudice et il n'a pas, en toute hypothèse, intérêt que l'action soit engagée à son encontre. Dans ce sens, la justification juridique de l'application d'abus des biens sociaux en matière de société d'un seul perd de sa pertinence. La conception d'intérêt immanent retenue pour les sociétés pluripersonnelles, qui est l'intérêt de l'associé en tant qu'associé, ne peut pas s'appliquer en matière de société unipersonnelle. Par voie de conséquence, la notion d'intérêt social du droit commun ne peut être transposable techniquement à la société unipersonnelle. Il n'est pas possible qu'une seule et même personne soit à la fois victime et auteur du délit.

Selon A. DEKEUWER, la répression de l'abus des biens sociaux des dirigeants de sociétés unipersonnelles ou de sociétés faussement pluripersonnelles doit être approuvée en tant que sanction de l'abus de personnalité morale nuisible aux tiers¹²⁸⁸. Toutefois, selon ce même auteur, « *s'agissant d'une EURL, on pourrait même relever une sorte de contradiction entre la possibilité légale d'utiliser ce mode d'organisation et la répression de l'usage par l'entrepreneur du patrimoine social comme du sien propre... Il serait très difficile d'établir l'élément moral du délit, le dirigeant n'ayant pas conscience d'agir contre l'intérêt social critère de la qualification, puisqu'il n'a jamais voulu que poursuive son intérêt personnel à l'aide d'un moyen technique à lui fourni par la loi* »¹²⁸⁹. A. DEKEUWER, précise également que « *la notion qui commande la qualification d'abus des biens sociaux est probablement moins celle d'atteinte à l'intérêt social que celle d'acte contraire à*

¹²⁸⁶ *Supra* n° 278 et s.

¹²⁸⁷ Il est permis d'ajouter que la loi pénale doit être claire et précise, comme l'impose la Déclaration des droits de l'Homme et comme l'énonce le Conseil constitutionnel. Or, tel n'est pas le cas de la loi de 1985.

¹²⁸⁸ A. DEKEUWER, « *Les intérêts protégés en cas d'abus des biens sociaux* » : JCP E 1995, I, n° 500, p. 421.

¹²⁸⁹ A. DEKEUWER, « *Les intérêts protégés en cas d'abus des biens sociaux* » : JCP E 1995, I, n° 500, p. 421.

l'affectation du patrimoine social au service de l'intérêt de l'entreprise et c'est par la préservation de cette affectation qu'est assurée la protection des tiers qui contractent avec la société »¹²⁹⁰. De même, pour B. SAINTOURENS, l'application du délit d'abus des biens sociaux à la société unipersonnelle ne peut pas effacer le particularisme que cette forme de société confère à l'infraction envisagée¹²⁹¹. Selon cet auteur, « *sur un plan plus technique, le régime même de l'action pour abus des biens sociaux subit le particularisme de l'EURL. On sait que les titulaires de l'action civile sont exclusivement la société et les associés. Or, la première s'exprime par la voix de son représentant légal qui s'abstiendra certainement. De même que, unique l'associé, personne ne viendra soutenir l'action civile contre lui. Ni les créanciers, ni les salariés ne pouvant exercer cette action, dans l'EURL la poursuite pour abus des biens sociaux reposera sur la diligence du ministère public* »¹²⁹².

343. En revanche, l'abus des biens sociaux ne s'applique pas dans le cadre du statut l'EURL. En effet, il est difficilement envisageable qu'un entrepreneur abuse de ses propres biens¹²⁹³. Rien, pourtant, n'interdit au législateur de prévoir pour l'EURL une peine similaire à celle encourue par les gérants des sociétés à responsabilité limitée en cas d'abus des biens sociaux, c'est-à-dire dans le cas où l'entrepreneur a fait de mauvaise foi, des biens ou du crédit affectés à l'activité de l'entreprise, un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement¹²⁹⁴. Plus clairement, rien ne justifie une inégalité de traitement entre le gérant d'une société unipersonnelle à responsabilité limitée et un EURL, tous deux se trouvant dans une situation identique. En outre, l'article L. 653-3 II du Code de commerce use des termes « *intérêt de l'entreprise* » lorsqu'il s'agit, pour les mêmes faits que ceux que cite l'article L. 241-3, 4^o, de prononcer la faillite personnelle de

¹²⁹⁰ A. DEKEUWER, « *Les intérêts protégés en cas d'abus des biens sociaux* » : JCP E 1995, I, n° 500, p. 421 : si, au lieu de créer l'EURL, le législateur avait adopté l'EPRL, il eût probablement fallu prévoir une incrimination tendant à protéger le patrimoine de l'entreprise. – Le rapport du groupe d'étude qui a été chargé d'introduire l'EPRL en droit français, a prévue, en cas de détournement dolosifs des biens affectés à l'entreprise, une remise en cause du patrimoine insaisissable à titre de sanction par voie de décision judiciaire : *Rapport du groupe d'étude, présidé par Cl. CHAMPAUD, chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL (Entreprise personnelle à responsabilité limitée) en droit français* : RTD com., 1979, p. 579, spéc., p. 630, n° 80.

¹²⁹¹ B. SAINTOURENS, note sous Cass. crim. 14 juin 1993, préc.

¹²⁹² B. SAINTOURENS, note sous Cass. crim. 14 juin 1993, préc.

¹²⁹³ Vidéo conférence sur l'EURL :

http://webcast.viewontv.com/upload/docs/agea/140910/questions_supplementaires.pdf

¹²⁹⁴ Toutefois, lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un EURL, à laquelle un patrimoine est affecté, le tribunal peut, en cas d'une insuffisance d'actif en raison de la faute de gestion cet entrepreneur, condamner ce dernier à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté (article L. 651-2 du Code de commerce).

l'EURL¹²⁹⁵. Toutefois, ces termes ne renvoient pas à un intérêt juridiquement distinct justifiant une aptitude à la personnification. En toute hypothèse, il apparaît que la sanction de l'abus des biens sociaux n'a pas pour objectif la consécration d'un intérêt propre de la société unipersonnelle et que cette sanction s'impose plutôt pour rendre effective la séparation entre deux patrimoines.

344. En définitive, l'application de la sanction de l'abus des biens sociaux s'impose en matière de société unipersonnelle en raison des dangers que présenterait la solution contraire, surtout lorsque l'associé unique est lui-même gérant. Cette disposition pénale contribue à l'organisation de la société unipersonnelle mais elle n'efface pas son particularisme¹²⁹⁶. Elle est la contrepartie de la limitation de responsabilité et, en elle-même, ne fonde aucune aptitude à la personnification. Au surplus, une organisation personnifiante demeure inutile dans la société unipersonnelle.

B. L'inutilité d'une organisation personnifiante dans la société unipersonnelle

345. L'inutilité d'une organisation personnifiante a été envisagée lors de l'étude de la conception formaliste de constitution d'une personne morale et notamment à l'occasion de l'étude de ses conséquences quant à la société unipersonnelle¹²⁹⁷. C'est l'étude du fonctionnement de la société unipersonnelle qu'il sera question dans les développements qui suivent. Selon M.-Th. CALAIS-AULOY, « *sur le plan des organes, plan essentiel car c'est à travers les organes que peut s'exprimer la volonté d'une personne morale, on ne voit pas d'intérêt à doter l'EURL d'une personnalité morale* »¹²⁹⁸. En effet, l'autonomie de la personnalité morale est fondée sur le phénomène de la représentation. Or, selon, M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Dans la majorité des hypothèses, le recours à la personnalité morale de l'EURL sera sans effet et se révélera superfétatoire. L'organe principal de toute société, l'assemblée des associés, est ici assimilé par le législateur à la personne de l'entrepreneur et il reste constant que dans toute SARL le gérant peut être un associé, donc l'associé unique. Il est assez normal qu'il en soit ainsi en pratique. Il en résulte que la prétendue personne morale n'aura pas en principe*

¹²⁹⁵ Selon l'article L. 653-3 II, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle à l'encontre d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée lorsqu'il est retenu à son égard les faits ci-après : 1° Avoir disposé des biens du patrimoine visé par la procédure comme s'ils étaient compris dans un autre de ses patrimoines ; 2° Sous le couvert de l'activité visée par la procédure masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt autre que celui de cette activité ; 3° Avoir fait des biens ou du crédit de l'entreprise visée par la procédure un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement.

¹²⁹⁶ B. SAINTOURENS, note sous Cass. crim. 14 juin 1993, préc.

¹²⁹⁷ *Supra* n° 298 et s.

¹²⁹⁸ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chron., 1986, p. 249.

d'organe qui lui soit propre. C'est bien la personne physique et elle seule qui prendra toutes les décisions et agira aux yeux des tiers pour le compte de l'EURL »¹²⁹⁹.

Lorsque l'associé unique est dirigeant, ce qui correspond à la majorité des cas, aucune séparation entre gestion et contrôle n'est possible, l'associé est le seul maître de l'affaire. L'associé unique résume en lui même tous les attributs : il propriétaire du patrimoine social, il dirige et contrôle, il est en un seul mot le maître absolu de la société. La personnalité morale de la société n'exerce aucune influence sur le contenu du droit de l'associé. Les droits de gestion et de contrôle ne sont, en effet, qu'attachés à son droit de propriété. Dans ce sens, il est le propriétaire de l'entreprise sociale dans son entier, même prise comme une entité économiquement distincte, qu'il peut manier comme bon lui semble. Cela montre la faiblesse de la théorie de l'organisation à justifier la société unipersonnelle.

346. Lorsque l'associé unique a désigné un tiers gérant, la transposition du droit des sociétés à la société unipersonnelle est mal adaptée. Selon M.-H. MONSÈRIÉ-BON, « *même si l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est depuis maintenant vingt ans intégrée dans notre paysage juridique, son fonctionnement n'est pas parfaitement assimilé, ce qui démontre peut-être que l'application de la technique sociétaire pour une entreprise créée par une seule personne n'est pas la plus judicieuse, sauf à instaurer un véritable régime juridique pensé pour cette situation* »¹³⁰⁰.

Dans la pratique, si la désignation d'un gérant non associé est une démarche rare¹³⁰¹, elle peut cependant avoir une valeur à la fois théorique et pratique. En particulier, la Cour de cassation a affirmé récemment, dans un arrêt du 9 mars 2010, que « *dans le cas où la société ne comporte qu'un seul associé, celui-ci est habile à prendre la décision de révoquer le gérant non-associé aux lieu et place de l'assemblée des associés* »¹³⁰².

¹²⁹⁹ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chron., 1986, p. 249 : selon cet auteur, « *quant pourra-t-on dire que le commerçant agit pour le compte de l'entreprise et quand pour son propre compte ? Attachant moins d'importance à la volonté déclarée qu'à la volonté réelle – ce qui est un signe que de toute façon nous ne poursuivons pas la fiction jusqu'au bout – la question se résout en distinguant suivant le but poursuivi dans l'acte. Bien plus comme pour des raisons socio-politiques, la loi a interdit à un entrepreneur de posséder plusieurs EURL, on appliquera la distinction usuelle entre actes civils et commerciaux. Mais on voit jusqu'à quel point on peut pousser les interrogations sans réponse lorsqu'on applique à fond la logique de la distinction entre l'EURL personne morale et l'entrepreneur* ». – V. également, N. HORN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, l'expérience allemande* » : RTD com., 1984. 1.

¹³⁰⁰ M.-H. MONSÈRIÉ-BON, note sous, Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly 2010, n° 107, p. 530.

¹³⁰¹ P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)* » : D. 1985, chron., p. 187 et A.L.D. 1985, p. 394 : selon M. SERLOOTEN, a priori, on en voit mal l'hypothèse, mais on peut malgré tout penser à l'entrepreneur malade ou empêché pour quelque cause que ce soit. La possibilité de nommer un gérant non associé correspond pour l'EURL, à la possibilité, pour l'entreprise en nom, de confier la gestion d'un fonds de commerce à un gérant salarié.

¹³⁰² Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly 2010, n° 107, p. 530, note M.-H. MONSÈRIÉ-BON; Petites affiches 17 juin 2010, n° 120, p. 16, note O. ROUMÉLIAN. – V. également, CA Paris, 6 juillet 2006 : RTD com., 2007, p. 392, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET : dans cet arrêt la cour d'appel de Paris évoque le terme l'assemblée général tenue par l'associé unique.

Mettant l'accent sur le particularisme de l'organisation des pouvoirs au sein de la société unipersonnelle¹³⁰³, cet arrêt donne des précisions importantes dans le cas où la société unipersonnelle est dotée d'un gérant non associé. La Cour exclut notamment le formalisme lié aux réunions d'assemblée générale de la SARL et affirme le pouvoir de révocation en le soumettant au respect de certains principes¹³⁰⁴.

En effet, selon l'article L. 223-25, « le gérant peut être révoqué par décision des associés dans les conditions de l'article L. 223-29, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts ». De même, selon l'article L. 223-29, « Dans les assemblées ou lors des consultations écrites, les décisions sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Si cette majorité n'est pas obtenue et sauf stipulation contraire des statuts, les associés sont, selon les cas, convoqués ou consultés une seconde fois, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quel que soit le nombre des votants ». Ainsi, dans son pourvoi, le gérant non-associé faisait valoir l'irrégularité de la convocation de l'assemblée générale effectuée par l'associé unique alors que les dispositions statutaires donnaient ce pouvoir à la gérance en application de l'article L. 223-27 du Code de commerce. En l'espèce, il s'agissait d'une SARL pluripersonnelle qui était devenue unipersonnelle du fait de la réunion de toutes les parts dans les mains d'un seul associé. Toutefois, pour la Cour de cassation, il ne peut être reproché à l'associé unique de n'avoir pas respecté la procédure de convocation des assemblées. Cette décision n'est en effet qu'une illustration du principe posé par l'alinéa 2 de l'article 223-1 selon lequel « l'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés ». De même, l'article L. 223-31, qui exclut les textes relatifs aux assemblées générales, retient comme critère d'application les « sociétés ne comportant qu'un seul associé » sans distinguer selon la structure de direction. Dans ces conditions, le pouvoir exclusif de l'associé unique est reconnu par la jurisprudence dans les EURL, quel que soit leur mode d'administration¹³⁰⁵. Il est évident que l'associé unique, comme le précise le motif de l'arrêt, se prononce par une décision unilatérale qui doit être répertoriée dans un registre (article L. 223-31). Ainsi, selon M.-H. MONSÈRIÉ-BON, le fait de nommer dans l'EURL ou dans la

¹³⁰³ Le code de commerce prévoit certaines règles concernant le fonctionnement d'une EURL dotée d'un gérant non-associé. Ainsi, l'article R. 223-25 mentionne les obligations du gérant non-associé lors de la procédure d'approbation des comptes. Selon cet article, « dans les sociétés qui comportent une seule personne et dont l'associé unique n'est pas le seul gérant, et en ce qui concerne les décisions d'approbation des comptes prises par l'associé unique en lieu et place de l'assemblée, le rapport de gestion, les comptes et, le cas échéant, le rapport des commissaires aux comptes sont adressés par le gérant à l'associé unique un mois au moins avant l'expiration du délai prévu au deuxième alinéa de l'article L. 223-31. Pendant ce délai, l'inventaire est tenu au siège social à la disposition de l'associé unique ».

¹³⁰⁴ M.-H. MONSÈRIÉ-BON, note sous, Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly 2010, n° 107, p. 530.

¹³⁰⁵ M.-H. MONSÈRIÉ-BON, note sous, Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly 2010, n° 107, p. 530.

SASU, un dirigeant tiers n'exerce aucune influence sur le pouvoir de l'associé unique¹³⁰⁶.

Dans cette même espèce, le cogérant non associé, contestant la décision unilatérale de révocation qu'il considérait comme dépourvue de juste motif et décidée dans des circonstances abusives et vexatoires, avait assigné l'EURL et son associé unique en responsabilité. Cependant, la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel avait justifié sa décision en relevant que le gérant avait été informé du projet de révocation le concernant et mis en mesure de présenter ses observations. En outre, il semble qu'une mésentente avec l'associé unique pourrait constituer un juste motif de révocation¹³⁰⁷. La jurisprudence considère en effet qu'en dehors de toute faute, il y a juste motif de révocation dès lors que la mésentente compromet l'intérêt social ou le fonctionnement de la société¹³⁰⁸. De surcroît, dans la SAS, les statuts peuvent prévoir que le dirigeant est révocable *ad nutum*¹³⁰⁹, c'est-à-dire à tout moment, sans préavis, ni indemnité, sans qu'il soit nécessaire de donner un motif à cette révocation. Dans ces conditions, la stabilité de la fonction du dirigeant n'est pas assurée en matière de société unipersonnelle¹³¹⁰.

¹³⁰⁶ M.-H. MONSÈRIÉ-BON, note sous, Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly 2010, n° 107, p. 530. – En ce sens, M. THIÉRO FATIMATA, « La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'OHADA : une œuvre à parfaire » : <http://www.ohada.org/rechercher-sur-le-site/search/content/default/3398,la-societe-unipersonnelle-dans-le-droit-des-affaires-de-lohada-une-uvre-a-parfaire.html?sub=content>: selon cet auteur, lorsque la gérance est confiée à un tiers c'est la subordination étroite et permanente du dirigeant social à l'associé unique. C'est l'associé unique qui exerce seul, en tant que détenteur de la totalité du capital social, tous les pouvoirs de décision qui appartiennent à l'organe de délibération. C'est lui qui doit nommer le gérant, fixer sa rémunération, le révoquer et de déterminer, tout seul, ses pouvoirs. Cela implique nécessairement que le dirigeant social doit avoir la confiance certaine de l'associé unique. En outre, même si dans les sociétés pluripersonnelles et unipersonnelles, le dirigeant peut être révocable *ad nutum*, une décision collective de révocation est toujours adaptée plus difficilement qu'une décision individuelle. En tous cas, l'associé unique peut éviter l'action en responsabilité du tiers gérant en demandant la révocation judiciaire.

¹³⁰⁷ A propos de la révocation du directoire dans la société anonyme, V. cass. com. 17 juillet 1984 : Rev. sociétés 1984, 791, note GUYÉNOT : dans cet arrêt la cour de cassation considère que la révocation pour juste motif est possible si les divergences avec les actionnaires majoritaires sont telles qu'elle nuisent à la bonne marche de la société. – V. également, Y. GUYON, « Droit des affaires », t. 1, *Droit commercial général des sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 352 et n° 492.

¹³⁰⁸ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 188, p. 218.

¹³⁰⁹ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 595-7, p. 746. – V. également, Toulouse 22 janvier 2008 : Bull. joly 2008, n° 103, p. 103, p. 479, note P.-L. PÉRIN.

¹³¹⁰ V. cependant, M.-H. MONSÈRIÉ-BON, note sous, Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly 2010, n° 107, p. 530 : selon cet auteur, il est possible d'envisager un certain formalisme à respecter par l'associé unique. Il faut que l'associé unique qui envisage de révoquer le gérant par une décision unilatérale prenne le soin de l'en informer et lui permettre de s'expliquer sur ce qui lui reproché. En outre, les motifs de révocation devront être formalisés afin qu'une juridiction saisie du litige portant sur la motivation de la révocation, puisse en apprécier les justes motifs invoqués par l'associé unique. Cette exigence du respect des droits de la défense réintroduira dans la révocation du gérant non associé un

En tout état de cause, la société unipersonnelle doit offrir à l'entrepreneur un fonctionnement allégé de la structure sociétaire qui n'entrave pas inutilement son activité¹³¹¹. C'est du moins l'objectif désigné par le législateur et suivi par la jurisprudence. De même, quelle que soit la forme adoptée pour la société unipersonnelle, SARL ou SAS, le dirigeant n'apparaît que comme le mandataire de l'associé unique¹³¹² et sa situation dépend largement de celui-ci en ce qui concerne tant sa nomination que sa révocation. Ainsi, la nature institutionnelle des pouvoirs s'affaiblit largement ce qui est, d'ailleurs, contraire à la théorie institutionnelle de la société qui considère les dirigeants comme des organes de la personne morale et non comme des mandataires. On a même observé que lorsque la gérance est confiée à un tiers, l'associé obtient le même résultat, en plus simple et en plus sûr, que par la location-gérance du fonds de commerce¹³¹³. Dans cette perspective, les contraintes de gestion sont donc limitées au strict minimum pour l'associé unique qui doit garder une maîtrise décisionnelle totale comme il l'aurait dans une entreprise individuelle¹³¹⁴. Il s'ensuit que, sur le plan de l'organisation, rien ne permet de démontrer la nécessité de la personnalité morale puisque tout se passe comme si elle n'existait pas. Plus clairement, aucune explication juridique ne permet de concrétiser l'organisation d'un intérêt propre de la société unipersonnelle qui serait distinct de celui de l'associé unique. La reconnaissance de la société unipersonnelle favorise donc la variabilité de la notion de personne morale et rend impossible toute théorie unitaire de la personnalité morale. La négation de la personnalité morale de la société unipersonnelle apparaît ainsi pertinente si l'on veut garder à la notion de personnalité morale un minimum de cohérence.

minimum de formalisme à respecter... Simplement ce formalisme ne vient pas directement du droit de société.

¹³¹¹ M.-H. MONSÈRIÉ-BON, note sous, Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly 2010, n° 107, p. 530.

¹³¹² V. cependant, les propos de M.-Th. CALAIS-AULOY : M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chronique, 1986, p. 249 : « lorsque l'entrepreneur choisit d'avoir un gérant, ce gérant ne sera pas exactement un mandataire mais un organe de l'EURL. Il en résulte qu'il peut en principe prendre toute décision au nom de l'EURL sans en référer à quiconque, ce qui lui donne une liberté bien dangereuse pour celui qui l'a nommé (il est plus facile, pour se protéger, d'autoriser un mandataire à n'effectuer que certains acte que de penser à tous les actes qu'il faut interdire à un gérant). La situation est surtout aggravée par le fait que les actes du gérant seront valables à l'égard des tiers même s'ils dépassent l'objet social et ses pouvoirs tels que l'entrepreneur aura pu les limiter. Cette situation est inévitable lorsqu'il s'agit d'un groupement (du moins la loi de 1966 sur les sociétés l'a jugée telle, car il n'en a pas toujours été ainsi). Mais lorsqu'il s'agit d'une personne physique, comment ne pas vouloir l'éviter ? L'entrepreneur s'expose, par le seul fait qu'une personne morale soumise à la loi de 1966 a été reconnue à l'EURL à des dangers qu'aucune nécessité ne justifie : les tiers pourraient connaître directement la personne physique qu'est à la tête de l'entreprise et donc ne pas avoir de telle protection ». Selon cet auteur, « il serait tellement plus avantageux d'avoir un mandataire salarié ! Ne pouvoir se douter que d'un organe et non d'un mandataire, c'est payer un peu cher le luxe d'avoir une entreprise soumise au droit des sociétés dotées d'une personnalité morale ». – V. également A. SAYAG, « *De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : JCP G 1985, I, 3217.

¹³¹³ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 1112, p. 557.

¹³¹⁴ M.-H. MONSÈRIÉ-BON, note sous, Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly 2010, n° 107, p. 530.

347. Conclusion de la section 2. La jurisprudence a eu l'occasion de qualifier l'EURL comme « *un patrimoine d'affectation doté de la personnalité juridique* »¹³¹⁵. La société unipersonnelle constitue ainsi le cas le plus célèbre où une personne morale a été créée afin de reconnaître une autonomie à un patrimoine¹³¹⁶. Toutefois, l'organisation d'un patrimoine commercial d'affectation ne serait pas très différente de l'organisation de la société unipersonnelle. Ainsi, lorsqu'il a créé l'EURL, le législateur a, tout naturellement, emprunté différentes dispositions prévues pour les sociétés unipersonnelles. Cette démarche s'impose car les deux institutions répondent aux mêmes soucis, aux mêmes objectifs et suscitent les mêmes interrogations et les mêmes difficultés. Dans les deux cas, le seul but de l'organisation est de contrôler l'atteinte à la séparation des patrimoines par l'associé unique ou par l'entrepreneur individuel tout en simplifiant la gestion pour l'adapter à l'unicité de la personne (associé unique ou entrepreneur individuel). Ainsi, si le législateur décide de priver la société unipersonnelle de la personnalité morale, aucun changement quant aux règles de l'organisation ne saurait s'imposer. En même temps, la création de l'EURL favorise la remise en cause de la personnalité morale de la société unipersonnelle en confirmant que la personnalité morale n'est ni nécessaire ni utile. Si l'unification de l'activité d'une pluralité de personnes par la technique de la personnalité morale conduit logiquement à l'individualisation de l'activité de la personne morale, dans la société unipersonnelle, en revanche, on tente d'user de cette technique d'unification et d'individualisation tout en négligeant l'incidence de l'unicité de la personne de l'associé. Cette fonction technique d'unification, qui n'existe pas dans la société unipersonnelle, est remplacée par une autre fonction qui est celle de l'individualisation de l'activité de l'entrepreneur ou plus exactement celle du fractionnement de l'activité de l'entrepreneur.

En fin de compte, il est naturel qu'en l'absence d'une assise juridique permettant de fonder une autonomie d'intérêt distinct de celui de l'associé unique, une partie de la doctrine se soit tournée vers la consistance de la personne morale. Selon cette doctrine, l'autonomie d'intérêt n'est pas la seule à pouvoir fonder l'aptitude à la personnification, l'autonomie patrimoniale peut jouer un rôle comparable. Toutefois, cette théorie est doublement critiquée tant sur le principe que dans son application à la société unipersonnelle. Elle a en effet cet inconvénient qu'elle ne peut pas refléter la position du droit positif.

¹³¹⁵ Paris 9 février 1999 : Rev. sociétés 1999, p. 412, obs., Y. GUYON.

¹³¹⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 823, p. 402, qui remarque que la création d'une personne morale semble être le passage obligé pour reconnaître l'autonomie d'un patrimoine. L'EURL constitue le cas le plus célèbre à cette tendance. Pour cet auteur, « *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* ».

Section 3. L'échec du fondement patrimonial à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle

348. Les questions sont celles de la relation entre la notion de patrimoine et celle de personnalité morale et de l'incidence de cette relation sur la validité de la société unipersonnelle. Dans la mesure où aucun intérêt distinct n'a pas pu être détecté dans la société unipersonnelle, il est en effet possible de se tourner vers l'idée que sa personnalité morale peut être justifiée par le fondement patrimonial de la personnalité morale ou plus exactement par la réduction de la personnalité morale à un simple groupement des biens. Cependant, la société unipersonnelle ne constitue pas uniquement un patrimoine d'affectation mais également et essentiellement un patrimoine d'affectation à responsabilité limitée, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une organisation patrimoniale conférant à son membre unique la faveur d'une responsabilité limitée.

349. Dans cet ordre d'idée, une compréhension exacte de la personnalité morale implique de ne pas confondre l'autonomie patrimoniale, qui est un attribut de la personnalité, et la limitation de l'obligation personnelle des membres du groupement. Alors que l'autonomie patrimoniale ne suppose pas autre chose que l'existence d'un patrimoine sur lequel les créanciers sociaux sont désintéressés de manière exclusive, la limitation de responsabilité n'est qu'une conséquence du choix de la forme d'organisation. Or, si la limitation de responsabilité n'est de l'essence ni de la notion de société ni celle de la notion d'associé, il n'en est pas de même de l'essence de la personnalité morale.

Ainsi, afin d'éclaircir la notion de société unipersonnelle et son incidence sur la notion de personne morale, il faut traiter deux questions qui n'ont pas une équivalente valeur. La remise en cause de la personnalité morale de la société unipersonnelle doit en effet être affirmée au regard tant du critère de l'autonomie patrimoniale (§1) que du critère de la responsabilité limitée (§ 2).

§1. La remise en cause de la société unipersonnelle au regard du critère de l'autonomie patrimoniale

350. La séparation des patrimoines ou le besoin d'une autonomie patrimoniale serait-il le révélateur de l'aptitude à la personnification? Certains auteurs sont allés dans ce sens¹³¹⁷. R. PERCEROU était le champion de cette doctrine et présentait alors la personnalité morale comme patrimoine d'affectation¹³¹⁸.

¹³¹⁷ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, « *Leçon de droit civil* », t.1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 11^e éd., 1996, par F. CHABAS, n° 290.

¹³¹⁸ R. PERCEROU, « *La personne morale de droit privé, Patrimoine d'affectation* », thèse, Paris, 1951. – V. également, J. PAILLUSSEAU, « *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise* », op. cit., p. 7 : la société apparaît comme une technique juridique d'organisation des structures patrimoniales et

Autrement dit, selon cette doctrine, dans certains cas, c'est le patrimoine qui appelle la personnalité et non le contraire. G. WICKER, a récemment soutenu une conception identique. Selon cet auteur, « dès l'instant que peut être affirmé le caractère technique de la personnalité morale, il faut écarter toute considération symbolique concernant son existence. Par conséquent, dans la mesure où son objet est, à titre principal, de rassembler autour d'un même centre d'intérêts un ensemble de droits et d'obligations, il n'est pas de raison pour en refuser l'attribution au profit des patrimoines d'affectation constitués conformément à la loi »¹³¹⁹. G. WICKER précise également que, techniquement, le régime juridique applicable dans l'hypothèse d'un fractionnement du patrimoine suppose nécessairement la personnalisation de chacun des patrimoines spécialisés¹³²⁰.

Suivant cette voie, en l'absence d'une assise juridique permettant de fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle et parce que celle-ci gomme les frontières non seulement entre la notion d'entreprise et la notion de société mais aussi entre la notion de personne morale et la notion de patrimoine d'affectation, il est logique qu'une partie de la doctrine se tourne vers la consistance patrimoniale de la personne morale pour ensuite fonder la personnalité morale de la société unipersonnelle sur l'autonomie patrimoniale de l'entreprise.

351. Toutefois, la doctrine quasi unanime se montre hostile à une telle conception¹³²¹. Le patrimoine n'est que la conséquence de la personnalité morale et il ne peut pas en constituer le fondement¹³²². En sus de cela, le principal défaut de cette théorie est qu'elle se trouve rejetée par le droit positif. Il ne s'agit pas d'entamer une étude de cette question largement débattue mais seulement de relever que le droit positif refuse de reconnaître la personnalité morale à certaines institutions, pourtant, dotées d'une affectation ou d'une organisation patrimoniale. Il en est ainsi de la communauté des biens et de l'indivision successorale¹³²³. J. CARBONNIER a vu dans

des structures du pouvoir de l'entreprise et des grands ensembles économiques intégrés. Cette évolution du droit des sociétés ne saurait surprendre. L'une des rôles de la société est précisément de réaliser une affectation patrimoniale et de donner la structure organique nécessaire à l'exploitation du patrimoine affecté. Peu importent ensuite les personnes qui exercent le pouvoir dans l'entreprise. Que ce soient les représentants de l'ensemble des associés ou ceux du groupe de sociétés. En effet, dans cette conception, le pouvoir ne tire plus son origine de la collectivité des associés. Il naît de la nécessité d'administrer le patrimoine affecté à une exploitation économique et de gouverner l'entreprise.

¹³¹⁹ G. WICKER, « *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 225 et s.

¹³²⁰ G. WICKER, « *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 196, p. 189.

¹³²¹ P. COULOMBEL, « *Le particularisme de la condition juridique des personnes morale de droit privé* », thèse Nancy 1950, p. 49 et s. – V. également, N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 823, p. 401 et s.

¹³²² P. COULOMBEL, « *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé* », op. cit., p. 49 et s.

¹³²³ En faveur de la personnalisation de la succession bénéficiaire, V. notamment, P. CATALA, « *Le mineur héritier en droit commercial* », in dix ans de conférences d'agrégation, études de droit commercial offertes à Josef Hamel : D. 1961, p. 162.

la communauté conjugale une personne morale embryonnaire¹³²⁴ en raison notamment de l'autonomie patrimoniale dont elle dispose. Toutefois, l'éminent auteur a admis, plus tard, que la communauté conjugale n'a pas un intérêt suffisamment distinct des intérêts personnels des époux pour répondre aux exigences de la personnalité morale¹³²⁵. De même, la situation créée par le bénéfice d'inventaire est essentiellement provisoire¹³²⁶ et la fonction liquidative de l'acceptation bénéficiaire ne permet pas d'aller dans ce sens.

352. Cependant, si le rejet de la théorie patrimoniale de la personnalité se trouve à l'origine de la non-consécration de la personnalité morale de l'indivision successorale, la question s'est posée concernant l'indivision conventionnelle ainsi que les fonds communs de placement et les fonds communs de créances. Toutefois, si ces institutions devaient être personnifiées, ce serait sur le fondement de l'existence d'un intérêt propre et non sur celui de leur organisation patrimoniale qui demeure insuffisante.

353. Quant à l'indivision conventionnelle, elle jouit d'une autonomie patrimoniale accrue, par rapport à l'indivision successorale. L'indivision jouit non seulement d'une autonomie active mais aussi d'une autonomie passive¹³²⁷. L'article 1873-15 du Code civil limite en effet le droit de provoquer le partage reconnu aux créancier personnel d'un indivisaire, de sorte que la masse gagne en stabilité et en permanence¹³²⁸. Il reste cependant qu'un sérieux argument de technique juridique s'oppose à la personnification de l'indivision : celle-ci emporte nécessairement le risque d'un partage qui, bien que pouvant être différé, persiste¹³²⁹ et dès lors, la faiblesse de la vocation de l'indivision à la personnalité morale réside dans l'incertitude quant à sa durée¹³³⁰. Selon Ph. MALAURIE et L. AYNES, « même depuis 1976, l'indivision n'a pas la pérennité et la stabilité dont jouissent les personnes morales et c'est sa faiblesse principale »¹³³¹. En tout état de cause, c'est sur le fondement de

¹³²⁴ J. CARBONNIER, « Le régime matrimonial, sa nature juridique sous les rapports des notions de société et d'association », thèse, Bordeaux, 1932, p. 116.

¹³²⁵ J. CARBONNIER, « Droit civil, Les personnes », PUF, 21^e éd., 2001, coll. Thémis, droit privé, n° 183.

¹³²⁶ J.-L. AUBERT, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », Armand Colin, 9^e éd., 2002, p. 223, n° 209.

¹³²⁷ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 792 et n° 807.

¹³²⁸ N. MATHEY, thèse. préc., n° 807, p. 391.

¹³²⁹ N. BARUCHEL, « La personnalité morale en droit privé. Élément pour une théorie », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 288, p. 168.

¹³³⁰ V. notamment, F.X. TESTU, « La nature juridique de l'indivision » : D. 1996, chron., p. 176 : selon cet auteur, « à chaque instant l'un des membres de cette collectivité peut faire disparaître de manière discrétionnaire son titre de propriétaire individuel ». – La société unipersonnelle, peut aussi être dissoute par un acte unilatéral de volonté et ne présente donc aucune stabilité quant à sa durée ce qui se conjugue mal avec la reconnaissance de sa personnalité morale.

¹³³¹ Ph. MALAURIE, et L. AYNES, « Droit civil », Les personnes, les incapacités », CUJAS, 5^e éd., 2000, par Ph. MALAURIE n° 369.

l'existence d'une organisation élaborée autour d'un intérêt propre qu'une partie de la doctrine propose la personnification de l'indivision.

En effet, 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 d'urgence que requiert l'intérêt commun. De même, selon la Cour de cassation, l'existence d'intérêts divergents nés d'une circonstance étrangère à l'indivision n'implique pas l'absence d'un intérêt commun ; la meilleure rentabilité de l'immeuble indivis donné en location, est de l'intérêt commun¹³³². Selon N. BARUCHEL, l'intérêt collectif résulte de la mise en commun de la gestion des quotes-parts des indivisaires. L'intérêt collectif peut être à durée déterminée ou indéterminée : il s'inscrit donc dans une certaine durée¹³³³. Selon N. MATHEY, il existe un intérêt spécifique qui est un intérêt commun distinct de la somme des intérêts individuels de tous les indivisaires. Si les règles du droit de l'indivision constituent un régime personnifiant dont les effets sont accrus, c'est précisément en raison de leur combinaison avec les règles des sociétés en participation¹³³⁴. Pour cet auteur, si l'indivision a bien un intérêt propre, 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 sera effective. 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 morale¹³³⁵.

354. Quant aux fonds commun de placement (FCP) et de créances (FCC), il est admis qu'ils constituent des patrimoines d'affectation, mais ne sont pas des personnes morales et c'est la loi qui leur refuse expressément cette qualité. Les FCP étaient dépourvus de la personnalité morale depuis 1979 et la même solution a paru transposable aux FCC. La solution paraît pourtant surprenante dans la mesure où la loi elle-même définit la valeur mobilière par référence à la personnalité morale.

Plusieurs interprétations militent pour expliquer la raison qui a conduit à leur refuser le bénéfice de la personnalité morale. Cette raison peut sans doute se trouver dans le souci d'éviter que les fonds commun de créances soient assimilés à des sociétés de fait ou plutôt à des sociétés créées de fait¹³³⁶. Mais, selon Th. BONNEAU, la vraie raison de ce refus est d'ordre fiscal. L'absence de personnalité morale permet

¹³³² Cass. civ., 1re, 13 novembre 1984 : D. 1985. 104, note A. BRETON ; RTD civ., 1985. 756, obs. J. PATARIN ; Defrénois 1985, art. 33489, n° 35, obs. G. CHAMPENOIS.

¹³³³ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé. Élément pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 625, p. 343.

¹³³⁴ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 522, p. 229.

¹³³⁵ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 809, p. 392.

¹³³⁶ Rapport Larché : JO., doc. Sénat 1988, rapport n° 81, p. 79.

d'éviter une double imposition¹³³⁷. Selon N. MATHEY, en revanche, cet argument n'est pas convaincant : aucun argument ne semble s'opposer à la reconnaissance de la personnalité morale des FCP et des FCC au plan de la politique juridique¹³³⁸. En réalité, les FCP, comme les SICAV, sont une variété des OPCVM. Toutefois, la gestion des FCP est confiée à une institution provenant du droit coutumier anglo-saxon : le trust. La gestion d'un FCP est beaucoup plus facile et moins coûteuse que celle d'une SICAV qui supporte, même atténué, le formalisme de son statut de SA. Par exemple un FCP, n'ayant ni conseil d'administration ni assemblée générale d'actionnaires n'a pas à les réunir !¹³³⁹ Ce sont la société de gestion et le dépositaire qui agissent au bénéfice exclusif des souscripteurs.

Pourtant, la situation des copropriétaires de fonds communs est analogue à celle d'associés de SARL ou de SA, alors que le fonds ne constitue pas une personne morale¹³⁴⁰ : d'une part, la responsabilité des souscripteurs est limitée à leurs parts. D'autre part, ils ne peuvent pas provoquer le partage du fonds¹³⁴¹. Les FCP, à la différence de l'indivision, gagnent en permanence et en stabilité¹³⁴².

En effet, la construction des FCP rappelle celle des sociétés des capitaux dotées de la personnalité morale. En particulier, les FCP sont dotés d'une organisation comparable à celle des SICAV, lesquelles jouissent de la personnalité morale¹³⁴³. Les fonds communs de placement reposent sur le même principe que les SICAV. « A sa création, le fonds commun de placement était assimilé à des mini-SICAV. Aujourd'hui, avec le développement croissant des FCP, il n'est presque plus possible de différencier ces deux produits financiers. Un FCP présente donc les mêmes avantages que les SICAV »¹³⁴⁴. Les FCP sont des copropriétés de valeurs mobilières, avec une capitalisation minimum inférieure à celle des SICAV¹³⁴⁵. La séparation des fonctions de gestion et de contrôle

¹³³⁷ Th. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil » : RTD civ., 1991, p. 1 : dans un premier temps lorsque les revenus sont perçus par le fonds dans un deuxième temps lorsque les revenus sont répartis par les souscripteurs.

¹³³⁸ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 830, p. 408.

¹³³⁹ E. MARÉCHAL, « Le fonds commun de placement », article en date du 03 mars 2006, www.webzinemaker.com/admi/m6/page.php3?num_web=41572&rubr=3&id=292885

¹³⁴⁰ N. BARUCHEL, « la personnalité... », LGDJ., n°299, p. 174.

¹³⁴¹ Article, L. 214-19 (FCP) du Code monétaire et financier.

¹³⁴² E. MARÉCHAL, « Le fonds commun de placement », article en date du 03 mars 2006, www.webzinemaker.com/admi/m6/page.php3?num_web=41572&rubr=3&id=292885: Un FCP n'est pas juridiquement une société et n'a pas la personnalité morale. Or en droit français l'indivision est un état de droit précaire et anarchique dans lequel toute décision doit être prise à l'unanimité et le partage peut être réclamé à tout moment ; ici la dissolution ad nutum est remplacée par la permanence du fonds en créant la procédure de retrait : les uns partent, d'autres rentrent, et l'indivision subsiste.

¹³⁴³ La société de gestion et le dépositaire.

¹³⁴⁴ <http://www.dicodunet.com/definitions/economie/fcp.htm>

¹³⁴⁵ <http://www.fimarkets.com/pages/opcvm.htm>: page est soutenue par [Asset Technology](#), conseil, maîtrise d'ouvrage et ingénierie logicielle au coeur des marchés financiers.

est un attrait essentiel de l'organisation des fonds commun comme des SICAV¹³⁴⁶. De même, les fonds communs peuvent être rapprochés des SCPI, qui sont l'équivalent des SICAV ou des FCP dans le domaine immobilier¹³⁴⁷. Les SCPI sont des sociétés civiles de placement immobilier qui ont pour objet l'acquisition et la gestion d'un patrimoine immobilier locatif grâce à l'émission de parts. On y relève la séparation des fonctions de contrôle et de gestion¹³⁴⁸. Selon M. MATHEY, la proximité des institutions démontre le caractère contingent de l'exclusion de la personnalité morale des fonds communs¹³⁴⁹. Pour N. BARUCHEL, les fonds communs présentent les éléments essentiels de la personnalité morale : un groupement de personnes constitué par les souscripteurs, un intérêt collectif qui apparaît dans la constitution du fonds. Ainsi, tous les souscripteurs poursuivent cette fin commune qui est la gestion collective de valeurs mobilières, pour diminuer les frais de gestion et en retirer un profit maximal, de la même façon que s'agissant d'une personne morale de collaboration. Les souscripteurs forment ainsi une unité dotée d'un intérêt collectif propre¹³⁵⁰. Cependant, cet intérêt collectif ne bénéficie d'aucune organisation et donc d'aucune possibilité d'expression collective sous forme d'assemblée¹³⁵¹. Les souscripteurs ne peuvent intervenir dans la gestion du

¹³⁴⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 832, p. 409. – Th. BONNEAU, « *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil* » : RTD civ., 1991, p. 1, spéc., n° 65.

¹³⁴⁷ Il s'agit d'une société destinée à constituer et à gérer un parc immobilier à usage locatif (locaux commerciaux ou logements) à l'aide des capitaux déposés par les épargnants. Ceux-ci reçoivent des revenus chaque trimestre sur les loyers et accumulent des plus-values sur leur capital investi.

¹³⁴⁸ La SCPI est administrée par une société de gestion placée sous le contrôle d'un conseil de surveillance. Elle présente 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 proches de celles régissant les OPCVM : Mémento Francis Lefebvre sociétés civiles 2000, n° 6045. – V. également M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 1229, p. 627 : ces SCPI sont des fausses sociétés civiles et de fausses sociétés de personnes ; elles fonctionnent comme des vraies SA et sont notamment soumises à la surveillance étroite de la part de l'IMF du fait de l'offre au public de titres financiers. – on peut même relever l'existence de quatre organes de contrôle de la société de gestion : Autorité des marchés financiers (anciennement Commission des Opérations de Bourse) qui délivre un visa lors de la création de la SCPI et lors de chaque augmentation de capital ainsi que l'agrément de la Société de Gestion. Conseil de Surveillance : composé d'un minimum de 7 membres associés de la SCPI nommés par l'Assemblée générale des associés, il est chargé de contrôler la société de gestion. Commissaire aux comptes : il vérifie chaque trimestre les comptes de la SCPI et autorise la distribution des acomptes trimestriels. Expert immobilier indépendant : nommé par l'Assemblée générale des associés, il évalue les immeubles par expertises quinquennales et actualisations annuelles.

¹³⁴⁹ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, 2001, n° 832, p. 410.

¹³⁵⁰ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé. Élément pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 622, p. 341.

¹³⁵¹ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé. Élément pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 622, p. 341. – V. également, Th. BONNEAU, « *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil* » : RTD civ., 1991, p.1 et s : l'unité du fonds se réalise autour,

fonds ni s'opposer aux décisions prises par la société de gestion. Au-delà de la séparation entre la gestion et le contrôle, il y a au surplus, dans les FCP, une séparation entre le pouvoir et la propriété incompatible avec certains des fondements de la personnalité morale, notamment l'absence d'un organe propre qui engagera éventuellement la responsabilité de la personne morale.

Ainsi, pour S. GUINCHARD, il ne faut pas envisager toute affectation comme créant automatiquement une personne morale, mais l'idée d'affectation ne contredit pas l'idée de personnalité. Cet auteur démontre, d'une part, qu'un intérêt collectif doit justifier l'affectation de certains biens et, d'autre part, que cet intérêt collectif doit être reconnu par l'autorité publique, c'est-à-dire par la loi ou la jurisprudence pour que la personnalité morale soit conférée¹³⁵². En fin de compte, si certains groupements, reconnus comme patrimoines d'affectation, évoluent vers la personnification, c'est, en réalité, sur le fondement d'une organisation permettant de promouvoir un intérêt distinct comme base de la personnification et non sur le fondement de leur consistance patrimoniale. Dans cette optique, si certaines institutions paraissent présenter une évolution vers la personnification, la doctrine envisage parfois certains aménagements afin que la personnalité morale soit reconnue. N. BARUCHEL démontre ainsi la possibilité de reconnaître la personnalité morale à la collectivité des créanciers à l'indivision conventionnelle et aux fonds communs, après certains aménagements possibles, sur le fondement base de l'existence d'un intérêt collectif dans ces institutions¹³⁵³. C'est finalement la présence d'un intérêt propre à ces groupements qui serait la base de leur personnification.

355. Au surplus, le rejet du fondement purement patrimonial se comprend aisément lorsqu'on évoque la théorie du patrimoine sans sujet qui réduit la personnalité morale à un groupement des biens. Dans cette optique, il convient d'apporter quelque précision sur cette théorie afin de confirmer le rejet du fondement patrimonial de la personnalité.

356. En effet, BRINZ et BEKKER¹³⁵⁴ ont particulièrement étudié la nature des patrimoines spéciaux existant au sein ou indépendamment du patrimoine général d'une personne, tels que le patrimoine des sociétés et celui des fondations et ils font apparaître l'importance de l'idée de but. Par suite, ces juristes allemands, ont élaboré, au XIX^{ème} siècle, la théorie du « ZWECKVERMÜGEN », fondée sur le but commun

non de la personne des souscripteurs, mais d'un but de gestion des fonds communs dans l'intérêt collectif du groupe des souscripteurs.

¹³⁵² S. GUINCHARD, « *L'affectation des biens en droit privé français* », LGDJ., 1976, Préface R. NERSON, p. 322 et s et p. 339.

¹³⁵³ N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé. Élément pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 617, p. 338 et s.

¹³⁵⁴ BRINZ, « *Lehrbuch der pandecten, passim* », vol. I, § 59-64 et vol. III, § 432-454. - BEKKER, « *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und actiengesellschaften. Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht* ».

(*zweck*) existant entre les divers éléments du patrimoine. En effet, les romains ne procédaient pas en créant une seconde catégorie de personnes ; ils se bornaient à dire que certaines choses, bien que soumises au droit, n'appartenaient cependant à personne et étaient qualifiées de *res nullius*¹³⁵⁵. Dans ce sens, selon la théorie du patrimoine sans sujet, le patrimoine est totalement détaché de la personnalité, il appartient à sa propre destination. La cohésion des divers éléments du patrimoine se réalise autour de leur affectation commune, non à un sujet de droit, mais à un but qui joue ce rôle.

Précisément, selon BRINZ, « là où le sujet fait défaut, la seule destination objective suffit à créer des droits méritant la protection de la loi et de la puissance publique »¹³⁵⁶. Pour lui, dans le langage, une chose peut ne pas appartenir comme d'ordinaire, à quelqu'un mais aussi appartenir pour quelque chose. Précisément, cette chose appartient alors à un but, et c'est là que se trouve la pensée du but. Le patrimoine-but n'appartient à personne, il appartient à sa destination, à son objet, littéralement pour sa destination, pour son but. Telle est l'essence de la théorie de BRINZ¹³⁵⁷. Pour lui, « en lui-même, le patrimoine est une puissance juridique. A l'ensemble des biens, il faut alors accorder une capacité qui sera exercée par une volonté quelconque, son organe »¹³⁵⁸. Quant à BEKKER, en approfondissant la notion de sujet de droit, il a rendu cette théorie plus affinée au point de vue philosophique. BEKKER a distingué nettement entre deux situations acquises : la disposition et la jouissance. La première ne peut appartenir qu'à un être doué de volonté. La seconde peut appartenir non seulement à un homme incapable de vouloir tel qu'un fou ou un *infans*, mais même à une chose inerte¹³⁵⁹. En France, malgré l'accueil favorable de certains auteurs¹³⁶⁰, la notion de

¹³⁵⁵ L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale...* », t. 1, LGDJ., 2^e éd., 1924, n°17, p. 38.

¹³⁵⁶ V. H. GAZIN, « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Dijon, Rousseau 1910, p. 469.

¹³⁵⁷ H. GAZIN « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Dijon, Rousseau 1910, p. 429.

¹³⁵⁸ V. H. GAZIN, « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Dijon, Rousseau 1910, p. 432.

¹³⁵⁹ V. L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale...* », t. 1, LGDJ., 2^e éd., 1924, n° 18, p. 39 et s.

¹³⁶⁰ L. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », t. I, 3^e éd., 1927, § 30 et s : Léon DUGUIT a nié l'utilité de la personnalité morale, et par-là nié la nécessité de relier les droits à des sujets, tant en droit public qu'en droit privé. Selon L. DUGUIT « dans ce qu'on appelle le patrimoine d'une personne, il n'y a pas, en réalité, autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesse à un but déterminé...si le patrimoine est un ensemble de richesses affectées à un certain but, cette affectation peut être socialement protégée sans qu'il ait une personne titulaire du patrimoine ». - En droit privé, c'est R. SALEILLES qui a défendu le premier la théorie du patrimoine d'affectation : R. SALEILLES, « *De la personnalité juridique. Histoire et théorie* », Rousseau 2^e éd., 1922, p. 453 et s et 593R. - V. également, Ibid., p. 476 : Pour SALEILLES, c'est de façon tout à fait injustifiée que la théorie allemande a été rejetée par la doctrine française: « Non pas, bien entendu, que je la croie suffisante à expliquer le phénomène complexe de la personnalité. Mais au moins peut-elle jouer un rôle intermédiaire ». - P. ESMEIN dans la sixième édition du traité d'AUBRY et RAU (C. AUBRY et C. RAU, « *Cour de droit civil français* », t. IX, 6^e éd., 1953, § 575), en annonçant des critiques à la théorie classique du patrimoine, se

patrimoine sans sujet est rejetée par le droit positif et fut notamment l'objet des critiques décisives. Ainsi, selon L. MICHOU, cette théorie ne fait que remplacer un mot par une autre plus ambigu¹³⁶¹. Au fond, d'ailleurs, la théorie des droits sans sujet ne fait que substituer à la fiction traditionnelle une fiction nouvelle puisqu'après avoir proclamé la possibilité de droits sans sujet, elle est obligée de rattacher ses droits à quelque chose, et ce ne peut être là qu'une fiction¹³⁶². De même, pour H. GAZIN, la doctrine de BRINZ peut certes paraître de prime abord tout à fait éloignée de la théorie classique du patrimoine mais elle en est cependant directement inspirée. Malgré les apparences contraires, la théorie du patrimoine sans sujet, par laquelle on cherche à expliquer le phénomène de la personnalité morale, est bien la fille de la doctrine du patrimoine-capacité¹³⁶³. Ensuite, soulignant le caractère négatif de la notion de patrimoine sans sujet, H. GAZIN, précise que « *si le patrimoine est un ensemble de biens, le problème de la personnalité morale n'est pas résolu. Un ensemble de biens est inerte par lui-même. Il faut une personne pour l'animer, pour acquérir de nouveaux droits, pour créer des valeurs nouvelles que leur destination permettra à celui qui voudra à un moment donné connaître le patrimoine de l'association ou de la fondation de grouper avec celles de même affectation. S'il en est autrement, il n'y a plus d'activité juridique, plus de développement économique. La conception d'une masse de biens est à elle seule purement statique....si l'on emprunte au but cette puissance de réalisation qui fera passer l'ensemble de biens de l'état statique à l'état dynamique c'est une toute autre thèse* »¹³⁶⁴. Enfin, L.

montre favorable à l'idée du patrimoine sans sujet : « *la pratique des fondations et des sociétés a habité les esprits à l'existence d'un patrimoine sans qu'il y ait pour titulaire une personne physique. La nécessité, dans le droit actuel, pour lui servir de support, d'une personne morale, ne peut voiler ce fait. La personnalité morale n'est pas une pure fiction. À l'égard de la personne physique comme de la personne morale, la personnalité est un concept par lequel sont rassemblés des droits et des obligations. Mais l'unité ou l'indivisibilité de la personne physique, fait naturel qui entraîne, sans l'imposer absolument, l'unité du patrimoine, n'a pas d'équivalent dans la personne morale. Dès lors, n'étant pas axé sur une personne physique, le patrimoine distinct d'une fondation ou d'une société apparaît nécessairement comme une masse de biens affectée à la poursuite d'un certain but* ». Il ajoute : « *on répugne encore en France, à admettre qu'un patrimoine existe sans avoir pour sujet une personne, physique ou morale. Cependant les concepts de personne morale et de patrimoine se recouvrent à peu près exactement. Et l'idée d'un but à atteindre, d'une œuvre à réaliser, peut, comme l'idée d'individu, fournir la base d'un concept de rassemblement. Si l'on en vient, comme il est possible, à admettre qu'un commerçant puisse, sans mettre son entreprise en société, faire des biens qu'il y affecte, et des dettes nées au cours de son exploitation, une masse indépendante de sa fortune civile, il faudra, ou accueillir l'idée d'un patrimoine sans sujet, ou admettre la possibilité d'une personne morale du type des sociétés commerciales sans qu'il y ait pluralité d'exploitants, ou enfin admettre le dédoublement de la personnalité de la personne physique* ».

¹³⁶¹ L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale...* », t. 1, LGDJ., 2^e éd., 1924, n° 8, p. 18 et s et n° 16, p. 37 et s.

¹³⁶² L. MICHOU, « *La théorie de la personnalité morale...* », t. 1, LGDJ., 2^e éd., 1924, n° 8, p. 18 et s et n° 16, p. 37 et s. – En même sens, ROTONDI, signale avec raison que « *la différence entre la doctrine de la personnalité du fonds et celle de l'autonomie du patrimoine ne sont pas substantielle; la seule chose qui manquerait à la seconde serait de lui mettre le nom de la première* », op. cit., par, M. SATANOWSKY, « *Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce* », RIDC., 1955, p. 726.

¹³⁶³ H. GAZIN. « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Dijon, Rousseau 1910, p. 225.

¹³⁶⁴ H. GAZIN. « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Dijon, Rousseau 1910, p. 432.

MICHOUD dénonce cette théorie comme dangereuse, comme la doctrine de la personne fictive et plus qu'elle encore, parce qu'elle écarte le voile qui masquait les conséquences du système et laisse les droits dont il s'agit (ceux des personnes morales) dans une situation toute précaire¹³⁶⁵. C'est en effet, l'Etat, dans ce système, « *qui reste le maître souverain de l'affectation ; les personnes physiques qui ont créé le patrimoine de la personne morale, qui l'ont développé, qui ont proposé ce but à son activité, sont purement et simplement évincées, mise de côté comme si elles n'existaient pas. Le lien entre le droit et la personne se trouve rompu* »¹³⁶⁶.

357. Dans l'esprit de la doctrine classique, cette conception a été motivée par la fiction de la personnalité morale et son inutilité puisqu'il n'y a pas, en réalité, une personne morale mais uniquement un groupement des biens. Autrement dit, les partisans de cette conception réclamaient la remise en cause de la personnalité morale soit pour lui substituer la théorie de la copropriété collective soit celle du patrimoine sans sujet. Aussi bien, paradoxalement, certains auteurs voient dans la théorie de la personne morale-patrimoine d'affectation une explication fondant la société unipersonnelle, alors que cette théorie a été élaborée pour nier l'utilité de la personnalité morale. Ainsi, en qualifiant la société unipersonnelle de patrimoine d'affectation, on revient à la remise en cause de sa personnalité. En outre, cette théorie n'explique pas tous les cas de la personnalité morale. En effet, l'absence d'une consistance patrimoniale à la base de la reconnaissance de certaines personnes morales va à l'encontre de cette thèse. D'une part, certaines personnes ont été reconnues afin de répondre à un besoin autre que le besoin d'une autonomie patrimoniale. Il en était ainsi, dans l'arrêt de 1954, du comité d'établissement qui recherchait l'attribution de la personnalité morale pour ester en justice, autre conséquence de la personnalité morale : « *la personnalité 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 juridiquement reconnus et protégés* ». D'autre part, le patrimoine de certaines personnes morales est insignifiant, s'agissant notamment de certaines associations et des syndicats de copropriété. Il est donc impossible de voir dans cet élément un fondement suffisant à l'attribution de la personnalité morale.

En fin de compte, le fondement purement patrimonial n'explique ni tous les problèmes attachés à l'individualisation des groupements ni tous les groupements personnifiés. Essentiellement, cette théorie conduit à dire que la personnalité morale constitue une fiction inutile et incite à sa remise en cause. De plus, elle ne permet pas d'élaborer une théorie unitaire et cohérente de la notion de personne morale et

¹³⁶⁵ L. MICHOUD, « *La théorie de la personnalité morale...* », t. 1, LGDJ., 2^e éd., 1924, n° 19, p. 42.

¹³⁶⁶ L. MICHOUD, « *La théorie de la personnalité morale...* », t. 1, LGDJ., 2^e éd., 1924, n° 19, p. 42. - En ce sens H. GAZIN. « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Dijon, Rousseau 1910, p. 433.

conduit par là même à son éclatement et à sa variabilité. Dans ces conditions, en l'absence d'un intérêt propre dans la société unipersonnelle, celle-ci apparaît non comme une véritable société personne morale mais comme un patrimoine d'affectation artificiellement créé et inutilement personnifié.

358. Encore faut-il, avant de conclure sur la question, revenir sur la situation des fondations. Celles-ci peuvent en effet fournir un argument justifiant la personnalité morale de la société unipersonnelle dès lors que les deux institutions trouvent le fondement de leur personnification dans une affectation purement patrimoniale. Pour une partie de la doctrine et de longue date, la fondation constituerait un remarquable exemple de patrimoine d'affectation, d'universalité sans sujet. La personnalité lui est donc accordée en considération de cette affectation et non l'inverse : « *Ce n'est pas la personnalité qui appelle le patrimoine, mais c'est le patrimoine qui appelle la personnalité* »¹³⁶⁷.

Toutefois, cette vision est notoirement critiquable. Il est vrai que l'affectation est nécessaire pour que la fondation puisse fonctionner¹³⁶⁸, mais le fondement purement patrimonial de la personnification de la fondation n'a pas convaincu. La démonstration en a été suffisamment faite plus haut et il n'y a pas lieu d'y revenir¹³⁶⁹. Il convient de rappeler toutefois que le propre de la fondation est d'avoir un intérêt juridique distinct de celui du ou des fondateurs, des administrateurs ou des bénéficiaires. Sans être un groupement de personnes, le fondement de la personnification réside, d'une part, dans l'existence d'un intérêt collectif conçu à partir de la transcendance d'intérêt en ce sens qu'il inclut l'intérêt d'autres bénéficiaires et, d'autre part, dans la perpétuité et la particularité de l'organisation qui assure la permanence de l'intérêt collectif. La personnalité morale de la fondation est donc fondée sur un intérêt distinct, puisque l'économie générale du système implique cette distinction d'intérêts, et son autonomie patrimoniale ne saurait suffire à fonder sa personnification. Au surplus, les notions de société unipersonnelle et de fondation ne se posent nullement avec la même acuité car, tout particulièrement, dans la fondation, une personne n'est pas autorisée à constituer un second patrimoine à partir de certains éléments de son patrimoine d'origine. Et l'on ne peut pas manquer d'évoquer la célèbre formule de B. OPPETIT selon laquelle « *la seule affectation par une personne de certains biens à un but déterminé est impuissante à donner naissance à une personne morale, et si le fondateur n'a pas obtenu au préalable pour son*

¹³⁶⁷ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, « *Leçon de droit civil* », t.1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 11^e éd., 1996, par F. CHABAS, n° 290, p. 410.

¹³⁶⁸ V. cependant, N.-F. RAAD, « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », LGDJ., 1991, Préface F. TERRÉ, n° 93, p. 91 : la personnalité morale étant l'aptitude à acquérir, peut exister sans aucun actif patrimonial. De là l'acte de fondation n'a besoin d'aucune affectation. Ceci, est d'autant plus vrai, que la personnalité morale de la fondation survit à toute éventuelle perte du patrimoine affecté.

¹³⁶⁹ *Supra* 307 et s.

œuvre la reconnaissance d'utilité publique, l'affectation restera sans effet »¹³⁷⁰. Dans ces conditions, toute comparaison entre société unipersonnelle et fondation est inutile et l'on ne peut tirer argument d'une institution pour fonder l'autre.

359. Néanmoins, G. WICKER soutient que le patrimoine peut être la cause de la personnalité en s'inscrivant dans une explication purement technique¹³⁷¹. Pourtant, l'auteur laisse clairement entendre, par ailleurs, que cette évolution vers la personnification est possible dans la mesure où un groupement serait porteur d'un intérêt propre. C'est donc l'intérêt et non uniquement l'autonomie patrimoniale qui doit être à la base de la personnalité¹³⁷². Or, l'auteur ne démontre pas comment et pourquoi il peut exister un intérêt distinct dans la société unipersonnelle. Plus précisément, l'explication de l'auteur consiste à dire qu'il faut faire comme s'il y avait un intérêt distinct et s'inscrit donc dans une conception fonctionnelle de la personnalité morale. C'est la même conception romaine selon laquelle une masse de bien n'est pas une personne, mais on lui fait jouer le rôle d'une personne suivant l'expression romaine : *personæ vice fungitur*¹³⁷³.

En outre, en matière de société unipersonnelle, cette thèse suppose que le droit positif reconnaisse une autonomie patrimoniale à l'entreprise unipersonnelle qui serait la base de sa personnification. Or ce n'est pas la position adoptée en droit positif, ce qui prive la société unipersonnelle de tout fondement même contestable. Si l'autonomie patrimoniale peut jouer un rôle comparable dans la fondation d'une personne morale, la démarche de cette doctrine entend plutôt construire l'autonomie patrimoniale à travers la technique sociale. Plus clairement, l'organisation de la société unipersonnelle est fondée, en réalité, sur la construction artificielle d'une séparation patrimoniale comme contrepartie de la faveur de la responsabilité limitée accordée à l'associé unique et ne procède pas de la constatation d'une consécration par le droit positif de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise qui serait à la base de sa personnalité morale. D'ailleurs, la loi du 15 juin 2010 créant un statut spécifique

¹³⁷⁰ B. OPPETIT, « Les rapports des personnes morales et de leurs membres », thèse, Paris, 1963, p. 19.

¹³⁷¹ G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 195, p. 188 et s. – V. également, Ibid., n° 226, p. 214 : « outre les fondations et l'EUURL, expressément personnifiées par la loi, il a été démontré que répondaient aux critères posés par l'arrêt de 1954 ces principaux patrimoines d'affectation qui sont les biens communs en régime de communauté, l'indivision et le fonds communs de placement et de créances, à leurs égard l'idée de personnalité morale se justifie en effet parce que tous, étant des patrimoines d'affectation, constituent des centres d'intérêts, et que leur régime est directement inspiré du droit des sociétés ». Selon cet auteur (Ibid., n° 196, p. 189 et s), « la constitution d'un patrimoine d'affectation suppose, au delà de la seule affectation des biens qui le composent, l'existence d'une organisation d'un ensemble des règles juridiques destinées à assurer que l'emploi des biens soit conforme au but qui leur a été assigné...c'est, d'ailleurs ce qui peut tout à la fois expliquer et justifier que le législateur ait choisi de recourir à la technique de la société-personne morale, plutôt que celle du patrimoine d'affectation, lorsqu'il s'agit de doter l'entreprise individuelle d'une structure juridique ».

¹³⁷² G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », LGDJ., 1997, Préface J. AMIEL-DONAT, n° 196, p. 188 et s.

¹³⁷³ L. MICHOU, « La théorie de la personnalité morale... », t. 1, LGDJ., 2^e éd., 1924, n° 8, p. 20.

pour l'EIRL affirme le rejet de la conception de propersonnalité selon laquelle une personnalité morale serait reconnue à chaque activité de l'entrepreneur afin de reconnaître l'autonomie patrimoniale de l'entreprise¹³⁷⁴. Le nouvel article L.526-6, aliéna 1er, du Code de commerce dispose, en effet, que l'affectation de biens par un entrepreneur individuel à son activité professionnelle se réalise « sans création d'une personne morale ».

Cela étant il convient également remettre en cause de la personnalité morale de la société unipersonnelle au regard du critère de la responsabilité limitée

§2. Une remise en cause de la société unipersonnelle au regard du critère de la responsabilité limitée

360. L'autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle permet certes d'obtenir certains avantages en termes de gestion rationnelle de l'entreprise et de contrôle permanent de la viabilité et la rentabilité de son activité. Elle favorise également le développement et l'évolution continue de l'entreprise. D'ailleurs, différentes branches du droit, tels le droit comptable, le droit fiscal ou le droit des procédures collectives, traitent, à certains égards, l'entreprise comme une entité patrimonielement autonome. Mais si l'autonomie patrimoniale est nécessaire pour la validité de la société unipersonnelle, elle est, à elle seule, insuffisante et inutile. Le seul intérêt de la société unipersonnelle par rapport à l'entreprise individuelle est la limitation de la responsabilité accordée à l'associé unique.

Selon une conception stricte de la personnalité morale, celle-ci est liée à la limitation de responsabilité accordée aux membres du groupement et, selon certains, c'est seulement dans cette optique que la société unipersonnelle trouve finalement une justification à sa personnalité morale. Cette conception, cependant, n'est pas celle du droit positif français. En outre, admettre que le fondement de la personnalité morale de la société unipersonnelle se trouve dans la limitation de responsabilité implique la variabilité de la personnalité morale. Dans cette perspective, une théorie unitaire et cohérente implique la remise en cause de la société unipersonnelle et cela pour deux raisons. D'une part, d'un point de vue théorique, la personnification est inutile : la création de l'EIRL montre que l'autonomie patrimoniale et la responsabilité limitée peuvent être organisées sans le détour de la personnalité morale. D'autre part, d'un point de vue pratique, la responsabilité limitée comporte

¹³⁷⁴ Le concept de propersonnalité a été proposé par É. DUBUISSON lors du 105^{ème} congrès des notaires de France tenue à Lille en 2009 et dont le thème était « *les propriétés incorporelles de l'entreprise* ». – Sur cette question V. notamment : É. DUBUISSON, « *La non-adoption de la "propersonnalité"* » : Dr. et patrimoine, 2010, n° 191, p. 75. – Même auteur, « *Débat sur le patrimoine d'affectation* » : Dr. et patrimoine, 2009, n° 180, p.18. – F. TERRÉ, Gaz. Pal., 19 mai 2011 n° 139, p. 7. – F. TERRÉ, « *La personne et ses patrimoines* » : JCP G 2010, 1328. – C. DELZANNO, « *105e congrès, des fonds, des propositions des passions* » : Dr. et patrimoine, 2009, n° 182, p. 12.

de nombreuses atténuations et l'on précise souvent que la structure de la société unipersonnelle ne doit pas être adoptée dans l'espoir de limiter sa responsabilité¹³⁷⁵. De ce point de vue, la société unipersonnelle présente un indéniable particularisme par rapport aux sociétés pluripersonnelles. Dans la société unipersonnelle, la remise en cause de la responsabilité limitée équivaut à une remise en cause de la personnalité morale, puisque c'est là le seul intérêt de cette forme d'organisation. Dans une société pluripersonnelle, la situation est en revanche différente, puisque le non-respect de l'autonomie patrimoniale par les associés, membres de la personne morale, ne conduit à remettre en cause ni l'existence d'une société ni sa personnalité morale. Les associés seront, toutefois, privés de la faveur de la responsabilité limitée qui est uniquement une conséquence de la forme d'organisation et non son fondement même¹³⁷⁶.

Il convient, toutefois, du moins pour les besoins de la démonstration, tout d'abord, d'établir l'absence de corrélation entre la responsabilité limitée et la personnalité morale (A), ensuite, de confirmer cette règle en étudiant les justifications juridiques et économiques de la responsabilité limitée (B).

A. L'absence de corrélation entre la limitation de responsabilité et la personnalité morale

361. Dans certains droits étrangers, le lien entre la personnalité morale et la responsabilité limitée est étroit¹³⁷⁷. Plus précisément, la responsabilité limitée des membres du groupement est de l'essence de la personnalité morale. C'est une application rigoureuse de la distinction de la personne morale de ses membres : la

¹³⁷⁵ Ph. MERLE et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 235, p. 268 ; V. également Ibid., n° 595-18, p. 755 : *la limitation de responsabilité de l'associé unique est théorique, comme elle l'est dans l'EIRL*. – N. BARUCHEL, « *La personnalité morale en droit privé. Élément pour une théorie* », LGDJ., 2004, Préface B. PETIT, n° 163, p. 92 : « *la société unipersonnelle ruine toute tentative de systématisation en matière de personnalité morale, sans pour autant satisfaire les besoins pour lesquels elle a été créée. Ainsi loin d'être une avancée juridique, la société d'un seul apparaît plutôt comme un succédané, permettant de triompher du patrimoine d'affectation. Or, utiliser un concept pour pallier l'absence d'un autre ne peut satisfaire l'esprit du juriste* ».

¹³⁷⁶ 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 concernées. Elles ne concernent pas tous les membres du groupement mais seulement certains d'entre eux, qui ont accédé à des poste de direction (N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 878, p. 431 et s). 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 façon (N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 878, p. 431 et s). Pour devenir réellement efficace le cautionnement devrait être demandé à tous les associés d'une société, ce qui engendrerait des coûts prohibitifs. En effet, 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) : N. MATHEY, thèse, op. cit., p. 432, note n° 1.

¹³⁷⁷ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, 2001, n° 870, p. 427.

personnalité morale a pour effet principal de limiter la responsabilité des membres de la personne morale. Corrélativement, les groupements dont les associés engagent leur responsabilité personnelle (les sociétés de personnes et les GEIE) ne bénéficient en principe pas de la personnalité morale dans ces pays¹³⁷⁸.

Cette conception était celle de certains auteurs français classiques qui ne concevaient la séparation des personnes que de manière stricte et, à ce titre, contestaient la personnalité des sociétés dans lesquelles les associés engageraient leur responsabilité personnelle¹³⁷⁹. Dans une telle présentation, toute prise en considération de la personne des membres apparaît comme une exception inexplicable à la personnalité morale.

362. Suivant cette voie, plusieurs positions ont été soutenues. Ainsi, certains auteurs ont eu recours à l'idée de transparence ou de variabilité de la personne morale¹³⁸⁰. Cette théorie repose sur cette constatation que la séparation des patrimoines n'est pas absolue dans certaines personnes morales¹³⁸¹ et sur cette idée que la transparence manifeste l'imperfection de la personnalité morale : à une séparation faible correspondrait une personnalité affaiblie ou incomplète. Autrement dit, il y a une gradation de la personnalité¹³⁸² : les groupements dans lesquels la séparation des patrimoines n'est pas absolue (essentiellement les sociétés en nom

¹³⁷⁸ V. SIMONART, « *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratique – Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et suisse* », préface P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant-Bruxelles, 1995, n°470, p. 407 et s : Dans les droits anglo-saxons et dans les pays germaniques, la personnalité morale suppose la responsabilité limitée des membres du groupement. – V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 479, p. 419 : Ainsi, rejoignant la position des auteurs français classiques, et suivant une perspective comparatiste réalisée dans l'optique d'une harmonisation des différents droits, certains auteurs ont mis en cause la reconnaissance de la personnalité par le législateur belge et français aux groupements qui ne connaissent pas la séparation rigoureuse des patrimoines.

¹³⁷⁹ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 479, p. 419 et références citées. – DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « *Les personnes morales* », LGDJ., 1919, n° 1143 et s.- L. GUERIN, « *La société en nom collectif est-elle une personne morale ?* » : Rev. crit., 1902, pp. 245 et 308, spécial. p. 257 et s. – B. LESCOT, note sous com., 21 juin 1955 : JCP G 1955, II, 8877. – V. également L. MICHOU, thèse, op. cit., n° 72 : qui conteste la personnalité morale des sociétés en nom collectif en raison de l'invariabilité du personnel ou de la non négociabilité des parts.

¹³⁸⁰ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 472, p. 410 : cet auteur rappelle que la transparence des personnes morales est fréquemment discutée à propos de la responsabilité civile de leurs membres. L'auteur relève aussi une décision isolée l'a toutefois entendue à leur responsabilité pénale : Trib. pol. Quimper, 17 juin 1970 : JCP G 1971, II, 16730, note Y. GUYON ; Rev. sociétés 1970, p. 674, note GUYENOT. – V. également sur cette question : C. JAUFFRET, « *La transparence civil et la protection des associés d'une société de construction* » : JCP G 1967, I, 2065. – Y. CHARTIER, « *L'évolution de l'engagement des associés* » : Rev. sociétés 1980, p. 1, n° 41. – P. DURAND, « *L'évolution de la condition des personnes morales de droit privé* », in *Le droit privé au milieu du XX 1^e siècle*, t. I, LGDJ., 1950, p. 138. – M. CREMIEUX, « *Les obligations des associés envers les tiers dans les sociétés civiles* » : JCP G 1973, I, 2552. – Cass. civ., 3^e, 6 février 1969 : Rev. sociétés 1969, p. 264, note J. G ; D. 1969, p. 434, note B. BOULOC.

¹³⁸¹ V. SIMONART, « *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques* » Bruylant-Bruxelles, 1995, op. cit., n° 470, p. 409.

¹³⁸² V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 478, p. 417.

collectif, les sociétés en commandite et les GIE) s'opposent aux personnes morales caractérisées par une séparation rigoureuse et considérées comme le paradigme des personnes morales complètes¹³⁸³. Une autre partie de la doctrine a voulu expliquer la responsabilité illimitée par son caractère exceptionnel.

363. Toutefois, la doctrine moderne ne s'inscrit pas dans ces analyses et considère que l'étendue de l'obligation des membres d'un groupement ne dépend pas des règles de la personnalité morale mais de celles qui régissent l'organisation¹³⁸⁴. Pour cette doctrine, une théorie cohérente de la personnalité morale qui intègre tant un principe de séparation qu'un principe de transparence ne semble pas être impossible¹³⁸⁵. La personnalité morale a pour effet de rendre opposable à tous une organisation constituée dans un intérêt spécifique déterminé par un acte fondateur. En même temps, le principe de séparation et ses effets ne sont pas des prédicats de la personnalité morale car les notions d'organisation et d'opposabilité ne doivent pas conduire nécessairement à une séparation stricte. Dans ce sens, la transparence de la personnalité morale ne traduit pas son imperfection¹³⁸⁶.

364. En outre, le caractère exceptionnel de la responsabilité illimitée doit être rejeté pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, pour caractériser un concept, un principe doit s'appliquer à toutes ses catégories et se vérifier pour la plupart d'entre elles, les autres peuvent être considérées comme des exceptions, comme le précise V. SIMONART¹³⁸⁷. Autrement dit, le principe de séparation des patrimoines ne peut dès lors remplir cette fonction pour la personnalité morale que pour autant qu'il concerne toutes les personnes morales et se vérifie pour la majorité. Celles qui l'ignorent constitueraient des personnes morales incomplètes car un prédicat de la personnalité morale leur ferait défaut¹³⁸⁸. Or, d'une part, le principe de séparation des patrimoines ne vise que les personnes morales composées de membres à l'exclusion de celles constituées par une masse de biens affectée à un but déterminé¹³⁸⁹. A défaut de s'appliquer à toutes les catégories de personnes morales, il ne saurait être considéré comme un prédicat de la personnalité morale¹³⁹⁰. D'autre part, les personnes morales dans lesquelles les membres engagent leur responsabilité personnelle sont plus nombreuses. Cela imposerait de considérer que l'imperfection de la personnalité morale constitue le

¹³⁸³ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 478, p. 418.

¹³⁸⁴ N. MATHEY, « Recherche sur la personnalité morale en droit privé », thèse, Paris II, 2001, n° 862, p. 423.

¹³⁸⁵ N. MATHEY, thèse, préc., n° 856, p. 420.

¹³⁸⁶ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 470, p. 409.

¹³⁸⁷ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 480, p. 420.

¹³⁸⁸ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 480, p. 420.

¹³⁸⁹ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 480, p. 420, tel est le cas des fondations.

¹³⁹⁰ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 480, p. 420

droit commun de la personnalité morale¹³⁹¹. Corrélativement, les personnes morales dans lesquelles les membres n'engagent pas leur responsabilité d'une manière ou d'une autre constituent l'exception. Elles se réduisent essentiellement aux associations qui ne requièrent aucun apport de leur part¹³⁹². Il reste cependant que lorsque les associés effectuent des apports, ce qui est l'une des conditions de l'existence d'une société, ils répondent des dettes sociales au moins dans cette mesure¹³⁹³. En outre, les statuts des personnes morales dans lesquelles la responsabilité des membres est limitée à leur apport peuvent mettre à leur charge des obligations supplémentaires¹³⁹⁴.

Ensuite, si la limitation de la responsabilité des membres des personnes morales constituait le principe, seules les exceptions devraient faire l'objet d'une disposition légale. Il est vrai que pour les associations dotées ou non de la personnalité juridique, la limitation de responsabilité de leurs membres est déduite tantôt du concept de personnalité morale tantôt des travaux préparatoire de la loi¹³⁹⁵. Toutefois, on constate aussi que la limitation de la responsabilité des associés est généralement prévue par une disposition expresse.

On comprend alors qu'en l'absence de disposition légale, la doctrine est partagée sur la question. Alors que pour certains, la responsabilité limitée est le principe¹³⁹⁶ d'autres auteurs se sont prononcés en faveur de la responsabilité illimitée¹³⁹⁷. Selon N. MATHEY, les choses peuvent également devenir ambiguës par l'étude comparée de l'association et du syndicat de copropriété, laquelle permet aussi 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 question¹³⁹⁸. En effet, la loi de 1901 ne contient aucune disposition relative à l'obligation aux dettes des membres des associations. Celles-ci sont cependant présentées comme des groupements à responsabilité limitée. Cette règle est souvent liée explicitement à leur personnalité morale. Les membres peuvent même être considérés comme irresponsables lorsqu'ils n'ont pas fait d'apport autre que leur activité et leurs connaissances¹³⁹⁹. Pourtant, en matière de syndicat de copropriété, le droit positif a admis le recours des créanciers contre les

¹³⁹¹ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 482, p. 421.

¹³⁹² V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 483, p. 421.

¹³⁹³ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 484, p. 421.

¹³⁹⁴ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 485, p. 425.

¹³⁹⁵ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 493, p. 433.

¹³⁹⁶ A. SERIAUX, Répertoire civil, Dalloz, V° Patrimoine, n° 56.

¹³⁹⁷ F. H. SPETH., « *La divisibilité du patrimoine de l'entreprise d'une personne* », op. cit., n° 245.

¹³⁹⁸ N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, 2001, n° 879, p. 432.

¹³⁹⁹ N. MATHEY, these, op. cit., n° 879, p. 432.

copropriétaires¹⁴⁰⁰ et les explications fondées sur l'action directe¹⁴⁰¹ ou sur l'action oblique¹⁴⁰² sont peu convaincantes.

365. En fin de compte, la responsabilité illimitée n'est pas en contradiction avec l'autonomie patrimoniale de la personne morale. Plus clairement, il ne faut pas confondre autonomie patrimoniale et responsabilité limitée. Alors que la première est un attribut de la personnalité morale, la seconde est une conséquence de l'organisation. Ainsi, la société en nom collectif et la société en commandite ont été très tôt reconnues comme des personnes morales¹⁴⁰³. La personnalité morale a été reconnue aux sociétés civiles par la Cour de cassation dès 1891¹⁴⁰⁴. De même, les groupements d'intérêt économique et les syndicats de copropriété jouissent d'une autonomie patrimoniale alors pourtant que la responsabilité de leurs membres est illimitée.

Ainsi, la responsabilité limitée n'est pas de l'essence de la personnalité morale. Selon N. MATHEY, cela ne signifie pas pour autant que le principe soit celui de la responsabilité illimitée. En effet, « *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 (...) fort instructive. Elle fait apparaître une divergence de solutions qui ne s'explique pas par le caractère fonctionnel de la personnalité morale mais simplement par son incompétence à régler le problème* »¹⁴⁰⁵. Plus

¹⁴⁰⁰ Cass. civ. 3^e, 10 mai 1968 : D. 1969, 45, note C. GIVERDON ; RTD civ., 1969, p. 357, obs. J.-D. BREDIN. – Cass. civ., 3^e, 30 octobre 1984 : Defrénois 1985, art. 33481, n° 18, obs. H. SOULEAU ; RTD civ., 1985, p. 419, obs. C. GIVERDON.

¹⁴⁰¹ Ch. JAMIN (Ch.), « *La notion d'action directe* », Paris, LGDJ., 1991, Préface de J. GHESTIN, n° 146 : Pour M. JAMIN, le recours des créanciers contre les associés n'est pas une action directe mais une simple garantie octroyée aux tiers. Il en est de même pour les créanciers du syndicat de copropriété. – N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 881, p. 433 : 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.

¹⁴⁰² N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 881, p. 433 : l'action oblique ne conduit pas à un paiement du créancier mais seulement à un versement dans le patrimoine de la personne morale.

¹⁴⁰³ F. DERRIDA, « *De la nature des sociétés par intérêt depuis la loi du 24 juillet 1966* » : In Études offertes à A. AUDINET, PUF, 1968, p. 43. – Cass. civ., 2 juin 1834 : S. 1834, 1, p. 603. – Req. 15 novembre 1887 : S. 1888, 1, 410.

¹⁴⁰⁴ Req., 23 février 1891 : D. 1891, 1, p. 331 ; S. 1892, 1, p. 72, note E. MEYNIAL ; Req., 2 mars 1892 : S. 1892, 1, p. 497, note E. MEYNIAL. – D. GIBIRILA, « *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles* » : Defrénois 1998, art. 36808.

¹⁴⁰⁵ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 882, p. 433, spécialement n° 884 : « *la responsabilité illimitée n'a pas pour effet de nier l'engagement de la personne morale. Elle instaure simplement un ordre de poursuites. L'engagement des membres s'ajoute à celui de la personne morale et n'y substitue pas. Le droit exclusif des créanciers de la personne morale de poursuivre sur les biens sociaux ne disparaît pas. Or lui seul est essentiel à la personnalité morale* ». – V. spécialement, n° 833, où l'auteur affirme 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*

précisément, « 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 membres. Il n'est 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-même »¹⁴⁰⁶. Ainsi, en l'absence de lien entre personnalité morale et limitation de responsabilité, il convient de s'interroger sur les fondements de la responsabilité limitée.

B. Les fondements de la responsabilité limitée

366. Indépendamment de l'existence d'une personne morale, la responsabilité limitée obéit à des justifications juridiques et économiques.

1° Les justifications juridiques de la règle de la responsabilité limitée

367. En l'absence de lien entre personnalité morale et limitation de responsabilité, la responsabilité limitée peut être fondée sur l'idée de subsidiarité¹⁴⁰⁷. Plus clairement, lorsque les associés répondent personnellement des obligations d'une société, dotée ou non de la personnalité juridique, leur responsabilité revêt généralement un caractère subsidiaire, en ce sens qu'elle ne peut être mise en œuvre que si la société n'a pas satisfait à ses obligations¹⁴⁰⁸. Ainsi, pour les sociétés civiles, la subsidiarité, qui n'était pas prévue par l'article 1863 du Code civil de 1804, apparaît au contraire nettement dans l'article 1858 du Code civil, issu de la réforme de 1978¹⁴⁰⁹. Il apparaît difficile de soutenir aujourd'hui que les associés sont codébiteurs avec la société¹⁴¹⁰, la responsabilité des associés étant subordonnée à de vaines et

règles d'organisation ne peuvent être efficaces à l'égard des tiers que si elles font l'objet d'une publicité. Seul un extrait ou une mention publié permet de rendre opposables les règles d'opposition d'origine conventionnelle.

¹⁴⁰⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 882, p. 433, spécialement n° 884.

¹⁴⁰⁷ N. LE GAC, « Protection du patrimoine et risques liés à l'entreprise : l'obligation aux dettes sociales », thèse, Nantes, 1995. - M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Litec, 23^e éd., 2010, n° 1136, p. 590. - Ph. MERLE et A. FAUCHON, « Droit commercial Sociétés commerciales », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 150, p. 183. - V. cependant, D. FIORINA, « Obligations aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales », thèse, Toulouse, 1, 1984, n° 22 et s: cet auteur critique l'idée de subsidiarité pour lui substituer celle de coobligés solidaires avec la société.

¹⁴⁰⁸ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 495, p. 435.

¹⁴⁰⁹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 874 et s. - Avant la réforme de 1978, la Cour d'appel de Paris avait affirmé que la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés civiles a pour effet de donner un nouveau débiteur au créancier, sans substitution : Paris 21 octobre 1942 : Gaz. Pal. 1942, 2, p. 229 ; RTD civ., 1943, 49, obs. J. CARBONNIER. Ce nouveau débiteur est l'associé et non la société, 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 conjointe (Cass. civ., 3^e, 6 février 1969 : D. 1969, 434, note B. BOULOC). Cette jurisprudence est abandonnée depuis la réforme de 1978. V. cependant Versailles, 11 janvier 2001 : Bull. joly 2001, § 111, note F.X. LUCAS.

¹⁴¹⁰ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 874 et s.

préalables poursuites contre la société (article 1858 du Code civil)¹⁴¹¹. Pour les sociétés en nom collectif, en revanche, l'article L. 221-1, alinéa 2, du Code de commerce dispose que « *les 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* ». De manière moins exigeante encore, dans les sociétés de construction-vente, l'article L. 211-2 du Code de la construction et de l'habitation dispose 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 société¹⁴¹². La subsidiarité de l'engagement se manifeste également au plan de l'exécution¹⁴¹³. « *Dans tous les cas l'engagement de la personne morale est premier, celui des membres est subsidiaire. La personnalité morale n'est pas niée par l'instauration de la responsabilité illimitée des membres. Au contraire, il est permis d'affirmer que la subsidiarité implique la personnalité morale* »¹⁴¹⁴.

368. De surcroît, dans certaines personnes morales, les règles de l'organisation ne sont pas définies de manière unitaire et impérative¹⁴¹⁵. Par exemple, 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 dettes. « *Cette règle est d'ordre public alors que 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 participation. Ce même texte autorise cependant des conventions 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* »¹⁴¹⁶. De même, les sociétés en commandite notamment font coexister des associés tenus aux dettes sociales et des associés qui n'engagent que leur apport. Il convient de citer encore les sociétés civiles de placement immobilier où les associés sont tenus au-delà de leur apport mais non pas indéfiniment. Ces sociétés mettent en œuvre des systèmes

¹⁴¹¹ Cass. civ. 3^e, 23 avril 1992 : Rev. sociétés 1992, p. 763, note B. SAINTOURENS. – Cass. civ., 3^e, 8 octobre 1997 : D. 1998, somm., p. 398, obs. J.-C. HALLOUIN ; JCP G 1998, I, 131, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER ; Rev. sociétés 1998, p. 112, note J.-F. BARBIERE ; Bull. joly 1997, § 386, note C. PRIETO ; Dr. sociétés 1998, comm., p. 21, note Th. BONNEAU. – Cass. com., 23 janvier 2001 : D. 2001, act. jur. 781, note A. LIENHARD ; Bull. joly 2001, § 118, note A. COURET ; Rev. Dr. bancaire et financier 2001, comm., 69, obs. F.-X. LUCAS.

¹⁴¹² N. MATHEY, op. cit., n° 874, p. 429 et s.

¹⁴¹³ Cass. civ., 2^e, 19 mai 1998 (affaire Tapie) : D. 1998, p. 405, concl. P. TATU ; D. affaires 1998, p. 1089, obs. A.-R ; Bull. joly 1998, § 361, note J.-J. DAIGRE.

¹⁴¹⁴ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 875, p. 430.

¹⁴¹⁵ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 883, p. 434.

¹⁴¹⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 869, p. 427.

intermédiaires entre la responsabilité limitée et la responsabilité illimitée¹⁴¹⁷. Enfin, les créanciers peuvent agir contre les membres d'un syndicat de copropriété¹⁴¹⁸. La responsabilité des copropriétaires n'est pas strictement limitée mais elle ne correspond pas davantage au mécanisme ordinaire de la responsabilité illimitée¹⁴¹⁹.

369. En fin de compte, on peut conclure avec V. SIMONART, que « *la personnalité limitée d'un groupement n'implique pas toujours la responsabilité limitée de ses membres et, à l'inverse, la responsabilité personnelle des membres ne se déduit pas nécessairement de la personnalité du groupement. Il existe d'ailleurs une variété de solutions intermédiaires entre la limitation de responsabilité aux apports et la responsabilité personnelle illimitée. Il n'est dès lors plus permis de considérer le privilège de la responsabilité limitée, ni d'ailleurs la règle inverse de la responsabilité personnelle des associés, comme le droit commun de la personnalité morale* »¹⁴²⁰. De même, selon N. MATHEY, « *la responsabilité illimitée n'est donc pas incompatible avec la personnalité morale. Elle apparaît comme une forme de garantie due par les membres. Cette garantie est une forme de cautionnement prévue par les règles de l'organisation* »¹⁴²¹. L'étendue de l'obligation des membres d'un groupement ne dépend pas des règles de la personnalité morale mais de celles qui régissent l'organisation¹⁴²². Autrement dit, les prétendues exceptions sont des conséquences des règles d'organisation. La responsabilité organise une garantie comparable à un cautionnement¹⁴²³.

370. L'engagement personnel des associés en nom collectif pour les dettes de la société était jadis considéré comme une sorte de cautionnement solidaire. En effet, les codébiteurs solidaires sont tous tenus à titre principal tandis qu'une caution, même solidaire, n'est tenue qu'à titre subsidiaire. Par conséquent, la subsidiarité de la responsabilité des associés des sociétés en nom collectif milite en faveur de

¹⁴¹⁷ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 883, p. 434.

¹⁴¹⁸ Cass. civ., 3^e, 10 mai 1968 : D. 1969, p. 45, obs. C. GIVERDON; RTD civ., 1969, 357, obs. J.-D. BERDIN. – Cass. civ., 3^e, 30 octobre 1984: Defrénois 1985, art. 33481, n° 18, obs. H. SOULEAU; RTD civ., 1985, p. 419, obs. C. GIVERDON. – Cass. civ., 3^e, 22 mars 1990 : RD imm. 1991, p. 258, obs. P. CAPOULADE.

¹⁴¹⁹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 883, p. 434.

¹⁴²⁰ V. SIMONART, « *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratique –Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et suisse* », préface P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant-Bruxelles, 1995, n° 494, p. 434.

¹⁴²¹ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 876, p. 430 et s. V. également, n°883, p. 434 : la responsabilité illimitée a fait une apparition discrète dans des sociétés où l'engagement des membres était *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...après avoir, sauf en cas d'urgence, pris l'avis de la commission bancaire, les actionnaires ou les sociétaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaires* ». Ce texte n'est assorti d'aucune sanction mais fait apparaître l'insuffisance de la distinction entre responsabilité limitée et responsabilité illimitée.

¹⁴²² N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 862, p. 423 et s.

¹⁴²³ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 860, p. 422.

l'analyse en termes de caution¹⁴²⁴. Toutefois, cette conception est actuellement abandonnée pour deux raisons. D'une part, une caution est toujours d'origine conventionnelle tandis que l'engagement personnel des associés est un des effets attachés par la loi à leur adhésion à l'institution de la société en nom collectif¹⁴²⁵. D'autre part, certains articles applicables en matière de cautionnement (les articles 1415 et 2314 du Code civil, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier) se trouvent écartés. Dans ces conditions, l'analyse en termes de garantie légale semble donc plus juste. En effet, si les associés sont solidaires entre eux, ils ne le sont pas avec la société, qui est le débiteur premier et dernier¹⁴²⁶. Quant à la Cour de cassation, elle a jugé que l'associé en nom condamné à acquitter une dette sociale ne l'était pas en qualité de caution, mais en qualité d'associé responsable des dettes sociales d'une société de personnes¹⁴²⁷.

2° Les justifications économiques ou réalistes de la règle de la responsabilité limitée

371. Les économistes ont depuis longtemps montré que les principaux motifs qui justifient la création d'une personne morale sont souvent étrangers au privilège de la responsabilité limitée. D'une part, il existe d'autres motifs de création d'une personne morale (facilité du commerce juridique, maintien de la personnalité en dépit des événements qui peuvent affecter les membres, négociabilité des actions, accès aux marchés financiers, spécialisation de la direction, règle de majorité, considérations fiscales), de sorte qu'il faudrait en déduire que la règle de la responsabilité limitée a une influence réduite et que la solution inverse n'affecterait pas le marché de manière significative¹⁴²⁸. D'autre part, la limitation de la responsabilité des membres d'un groupement n'est pas subordonnée à la jouissance par celui-ci de la personnalité. La conclusion d'un contrat avec les tiers peut également avoir cet effet. La responsabilité limitée constitue donc une caractéristique, non des personnes morales, mais de la plupart des investissements¹⁴²⁹. Il existe d'ailleurs des entités dans lesquelles la responsabilité des membres, ou de certains d'entre eux, est limitée vis-à-vis des tiers, alors qu'elles ne bénéficient pas de la personnalité juridique¹⁴³⁰. A cet égard, on peut considérer que la constitution d'une

¹⁴²⁴ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 496, p. 437.

¹⁴²⁵ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 496, p. 436 et s.

¹⁴²⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 1392, p. 893.

¹⁴²⁷ Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 2006 : JCPE 2006, n° 8, 1176, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, p. 716, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD com., 2006, p. 419, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; Ibid., p. 432, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

¹⁴²⁸ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 492, p. 432.

¹⁴²⁹ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 486, p. 425.

¹⁴³⁰ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 486, p. 426.

société à responsabilité limitée est la manière la plus économique pour obtenir l'accord de tous les créanciers sociaux et pour limiter leurs recours aux biens de la société.

372. Toutefois, si la règle de la responsabilité limitée présente des avantages, d'ailleurs de valeur inégale, qui ont été mis en lumière par les économistes américains¹⁴³¹, elle n'est pas dépourvue de véritables inconvénients¹⁴³².

373. Le principal intérêt de la responsabilité limitée consiste à encourager l'esprit d'initiative et la prise de risques. Elle permet surtout le développement de très grandes entreprises, car elle encourage les investisseurs à prendre des risques importants, d'autant plus qu'elle incite à l'investissement des actionnaires passifs. Ensuite, la responsabilité limitée réduit la nécessité de contrôler les dirigeants de l'entreprise et évite de la sorte un contrôle excessif. Par là même, la responsabilité limitée permet aux actionnaires de réaliser l'économie des frais inhérents à un tel contrôle. La responsabilité limitée permet aussi aux actionnaires de réaliser l'économie afférente aux assurances qu'ils contracteraient si leur responsabilité n'était pas illimitée. En même temps, elle dispense les actionnaires de devoir négocier la limitation de leur responsabilité avec les contractants de la société et d'exposer des frais à cet effet. Il reste toutefois que de tels contrats seraient rapidement standardisés, de sorte qu'ils seraient peu coûteux.

Enfin, la responsabilité limitée permet aux créanciers de réaliser l'économie de frais de procédure en poursuivant la société et non les actionnaires individuels. Ainsi, les créanciers peuvent assigner une personne morale quelle que soit l'étendue de la responsabilité de ses membres et, lorsque celle-ci est illimitée, ils exercent leurs recours contre les plus solvables d'entre eux.

374. Toutefois, outre que l'énumération des avantages de la responsabilité limitée repose sur une analyse théorique qui n'est étayée par aucune étude économique, elle ne prend pas en compte l'existence de formes intermédiaires de responsabilité. Surtout, la responsabilité limitée n'est pas dépourvue d'inconvénients¹⁴³³.

Tout d'abord, en favorisant la recherche maximale du profit et la prise de risques excessifs, la responsabilité limitée contraint les créanciers à exposer des frais d'information supplémentaires.

Ensuite, les justifications de la règle de la responsabilité limitée s'avèrent peu appropriées pour les groupes et pour les sociétés fermées : la société mère ou les

¹⁴³¹ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 488, p. 426 et s.

¹⁴³² Sur cette question V. N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 872. – R. CONTIN, H. HOVASSE, « L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexion sur les finalités d'une organisation juridique des groupes » : D. 1971, chron., p. 197. – P. LE GOFF, « Faut-il supprimer les sociétés à responsabilité limitée ? Apport critique de l'analyse économique américain du droit des sociétés » : RIDC. 1999, p. 593.

¹⁴³³ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 491, p. 432.

associés sont généralement des actionnaires actifs, de sorte que les considérations relatives à la protection des actionnaires passifs, à la séparation entre la propriété et le contrôle, à la dispersion des actions dans le public et aux frais d'information et de contrôle, voire à la négociabilité des actions et à la régularisation du marché, leur sont étrangères¹⁴³⁴.

Enfin, la responsabilité limitée entraîne un déplacement du risque vers les créanciers et les travailleurs. Elle est donc relativement injuste pour les créanciers involontaires de la société tels que les tiers victimes d'accidents, les employés ou les consommateurs. Plus précisément, la responsabilité limitée est en contradiction avec d'autres branches de droit comme le droit de la consommation tendant à protéger le consommateur face au professionnel, comme le droit du travail tendant à protéger les salariés face à l'employeur concernant leur créances de salaires, comme le droit de la responsabilité tendant à assurer l'indemnisation de la victime en rendant très restrictives les conditions d'exonération de leur responsabilité.

Cependant, la théorie de la levée du voile social devrait éviter un glissement excessif et devrait également atténuer ces inconvénients. En outre, les considérations sur lesquelles repose le privilège de la responsabilité limitée ne sont valables que dans la mesure où la personne morale possède effectivement un patrimoine qui offre des garanties suffisantes et qui puisse répondre de ses dettes. Cette crédibilité financière est assurée dans une certaine mesure par l'exigence d'un capital minimum¹⁴³⁵. En l'absence de telles garanties, et en dépit de la personnalité distincte de la personne morale, la protection des tiers exige en principe que les associés restent personnellement tenus de ses engagements. Tel est d'ailleurs généralement le cas lorsque la loi n'impose pas de capital minimum, soit dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés coopératives à responsabilité illimitée et solidaires et les groupements d'intérêt¹⁴³⁶.

En tout état de cause, la responsabilité limitée des membres des personnes morales a une portée fort relative, en raison des nombreuses hypothèses dans lesquelles la responsabilité personnelle peut être mise en cause. Plus précisément, il est banal de nos jours pour les banquiers ou les fournisseurs des personnes morales d'exiger une caution ou une autre sûreté de la part des associés ou des dirigeants. Cette pratique aboutit à engager la responsabilité en principe limitée des associés, moyennant sans doute leur consentement, mais, en pratique, ceux-ci n'ont guère le choix¹⁴³⁷. Dans ces conditions, la société unipersonnelle est dépourvue de toute

¹⁴³⁴ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 489, p. 430.

¹⁴³⁵ Rouan, 20 octobre 1983 : D. 1985, p. 161, J.-J. DAIGRE ; Rev. sociétés 1984, 764, M.N. LEGRAND ; RJ com., 1985, p. 132, F. CHERCHOULY-SICARD. - Cass. com., 23 novembre 1999 : RJDA 2000, p. 361. - Cass. com., 25 novembre 2008: Bull. joly 2009, § 97, p. 491, note P. GOURDON.

¹⁴³⁶ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 490, p. 431.

¹⁴³⁷ V. SIMONART, thèse, op. cit., n° 487, p. 426.

justification d'ordre économique et à ce titre elle doit être remise en cause, en l'absence d'un capital minimum et en présence d'un seul associé qui jouit des pouvoirs les plus étendus dans la direction et l'organisation de sa société¹⁴³⁸.

375. En conclusion, reconnaître la société unipersonnelle comme personne morale et déduire cette personnalité morale de l'étendue de son obligation à la dette est contraire au fondement de la personnalité morale en droit positif. Corrélativement, l'admission de la société unipersonnelle annonce l'éclatement de la notion de personne morale, car elle n'est pas susceptible d'être comprise avec les autres personnes morales dans une théorie unitaire de la personnalité. Une théorie unitaire et cohérente de la personnalité morale implique nécessairement d'écarter la société unipersonnelle du raisonnement juridique et de la considérer comme une exception inexplicable en droit des personnes morales.

376. Conclusion de la section 3. En l'absence d'une véritable explication juridique montrant l'existence d'un intérêt distinct propre à la société unipersonnelle, il est naturel que la doctrine fonde celle-ci sur l'affectation patrimoniale. D'ailleurs, c'est la seule explication possible : la société unipersonnelle constitue une création artificielle d'une personne morale afin de réaliser un patrimoine d'affectation accordant la faveur de la responsabilité limitée à son membre unique. Toutefois, c'est un élément permettant la remise en cause de la personnalité morale de la société unipersonnelle. En effet, le fondement purement patrimonial n'explique ni tous les problèmes attachés à l'individualisation des groupements ni tous les groupements personnifiés. Cette théorie rompt la cohérence de la notion de personne morale en droit positif qui reconnaît d'une part, certaines personnes morales même en l'absence d'une consistance patrimoniale et qui refuse d'autre part de personnifier certains patrimoines d'affectation. L'idée d'affectation ne contredit pas la personnalité morale, mais la seule affectation par une personne de certains biens à un but déterminé est impuissante à donner naissance à une personne morale. En effet, si certains patrimoines d'affectation, évoluent vers la personnification, c'est, en réalité, sur le fondement d'une organisation permettant de promouvoir un intérêt distinct et non uniquement en raison de leur consistance patrimoniale. D'ailleurs, le rejet définitif du fondement purement patrimonial se confirme par le rejet en droit positif de la théorie du patrimoine sans sujet qui réduit la personnalité morale à un

¹⁴³⁸ Th. MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital d'un euro » : Bull. joly 2002, n° 289, p. 1361. – L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeu et conséquences » ; D. 2003, p. 1612. – P. LE CANNU, « La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés » : Rev. sociétés 2003, p. 409. – L. JOBERT, « La SARL à un euro : un coup d'épée dans l'eau » : Dr. sociétés 2003, p. 3. – G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'un mort annoncé ? » : Bull. joly 2004, p. 915, § 185. – R. OUACHEM, « Essai sur le capital social comme instrument de garantie des créanciers », thèse Bordeaux IV, 2003. – E. BROCARD, « De l'utilité de constituer une SARL ? » : Rev. sociétés 2004, p. 825. – Ph. MERLE et A. FAUCHON, « Droit commercial Sociétés commerciales », 14^e éd., Dalloz 2010, n° 178, p. 208.

groupement des biens. Paradoxalement, la théorie de la personne morale-patrimoine d'affectation a été élaborée afin de nier l'utilité de la personnalité morale en proposant de lui substituer la notion de copropriété collective ou la notion de patrimoine sans sujet. Ainsi, en qualifiant la société unipersonnelle de patrimoine d'affectation, on revient à la remise en cause de sa personnalité morale.

De même, il n'existe pas de corrélation entre personnalité morale et responsabilité limitée et dès lors l'élaboration d'une théorie unitaire et cohérente implique la remise en cause de la société unipersonnelle. De même encore, l'organisation de la société unipersonnelle, telle conçue en droit positif (absence d'un contrôle efficace de la séparation des patrimoines, absence d'un montant minimal du capital social) ne satisfait pas les fondements, tant juridique qu'économique, de la responsabilité limitée. C'est la raison pour laquelle cette responsabilité limitée est souvent remise en cause dans la pratique ce qui met en exergue l'inutilité de la société unipersonnelle et contribue également à sa remise en cause tant qu'il est vrai que le seul intérêt de la société unipersonnelle par rapport à l'entreprise individuelle est la limitation de la responsabilité accordée à l'associé unique.

377. Conclusion du chapitre II. En l'absence d'un intérêt collectif dans la société unipersonnelle, différents palliatifs ont été apportés afin de justifier une distinction d'intérêt comme fondement de la personnalité. Ces palliatifs se concentrent autour d'une nouvelle définition de la l'intérêt de la personnalité morale proposée également par la doctrine de l'entreprise. Il s'agit précisément de dépasser le cadre de l'acte consécutif pour trouver le critère de la distinction dans l'existence d'une activité finalisée ou organisée : l'intérêt est le lien entre l'activité et sa finalité. Toutefois, cette conception n'a pas convaincu. D'abord, l'acte est au fondement de la personnalité morale ainsi que la réalité de la personnalité morale est intimement liée à l'existence d'une société réelle qui trouve la base de sa qualification dans l'acte consécutif. En tout cas, l'acte fondateur ne doit pas constituer un obstacle à l'existence d'un intérêt autonome alors que l'acte unilatéral de société ne représente que l'intérêt son auteur unique.

Ensuite, supprimer la nécessité d'une réalité collective, conduit à une conception floue de la notion d'intérêt et ramène la personnalité morale à une technique simplement utilitaire. Il s'agit, précisément, de créer artificiellement cette autonomie d'intérêt en identifiant la personnalité morale à partir d'une organisation légale d'une activité finalisée. Toutefois, le lien entre l'activité et sa finalité apparaît impropre à promouvoir une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle. Comme la société unipersonnelle, l'entreprise individuelle constitue une activité organisée et finalisée sans que l'on puisse prétendre qu'elle ait un intérêt propre. Dans les deux cas, il s'agit d'une activité exercée individuellement et qui a pour finalité l'enrichissement personnel de l'exploitant (l'entrepreneur individuel ou associé unique). Il n'y a aucun lien entre la forme d'organisation et l'existence d'un

intérêt autonome. De même, la transposition de l'intérêt social défini comme l'intérêt immanent implique de remettre en cause l'existence d'un intérêt distinct dans la société unipersonnelle : l'intérêt de l'associé en tant qu'associé ne saurait constituer un intérêt spécifique distinct de l'intérêt de la société unipersonnelle.

Enfin, si la personne morale doit disposer d'un organe permettant de réaliser son intérêt, c'est, précisément, l'existence d'une organisation délibérante qui manifeste la distinction entre l'intérêt de la personne morale et l'intérêt de ses membres, spécialement lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la capacité de contracter. Le principe d'égalité des membres qui se contrôlent mutuellement empêche de réduire l'intérêt de la personne morale à l'intérêt d'un seul et favorise la prise de décisions plus rationnelles. S'il est impossible qu'un organe représente des intérêts opposés, il est inutile de fonder une personne morale pour représenter l'intérêt d'une seule personne. Ainsi, s'il existe une organisation dans la société unipersonnelle, il ne s'agit pas de promouvoir un intérêt spécifique comme support de la personnalité morale mais uniquement d'une organisation patrimoniale comme contre partie de la responsabilité limitée. Le fondement purement patrimoniale ne peut pas fonder la personnalisation et incite à la remise en cause de la personnalité morale de la société unipersonnelle qui n'est, en fin de compte, qu'une fiction inutile.

378. Conclusion du titre II. La personnalité morale a été reconnue tant par le législateur que par la jurisprudence à des groupements de personnes en affirmant que la personne morale est une réalité. Notre étude a soutenu que la personnalité morale est une réalité dans le sens de l'existence d'un critère juridique permettant de reconnaître la personnalité morale. Selon R. PLAISANT, « *la personnalité morale est une fiction, mais il faut chercher si elle a bien servi à traduire juridiquement la réalité d'un intérêt distinct* »¹⁴³⁹. Plus clairement, si une institution évolue vers la personnification c'est parce qu'elle recèle l'existence d'un intérêt propre distinct de celui de ses membres.

De même, ce n'est pas l'existence d'un groupement en tant que tel qui justifie l'attribution de la personnalité morale, mais sa capacité à dégager un intérêt collectif et c'est dans le caractère collectif de l'intérêt que réside le fondement de la distinction des intérêts. Quant à la fondation, tout en ne constituant pas un groupement de personnes, elle dispose d'un intérêt collectif qui trouve son expression dans la nature transcendante de l'intérêt qui inclut l'intérêt des bénéficiaires. Un cas demeure isolé en droit positif qui est celui de la société unipersonnelle : elle ne constitue pas un groupement de personnes et il ne paraît pas possible d'établir l'existence d'un intérêt propre transcendant celui de l'associé unique à travers un intérêt transcendant de l'entreprise. En effet, différents palliatifs ont été proposés pour trouver un critère réaliste de la personnalisation de la société unipersonnelle mais ils se sont soldés par

¹⁴³⁹ R. PLAISANT, note sous Cass. civ., 14 décembre 1944 : S., 1946, I, 105.

un échec. Ainsi, en l'absence de critère réaliste permettant de fonder la personnalité morale dans le cas de la société unipersonnelle, cette dernière a renouvelé la controverse réalité-fiction et a conduit naturellement la doctrine à affirmer la fiction de la personnalité morale.

En réalité, dès lors qu'elle ne satisfait pas aux critères de l'existence d'une personne morale, et qu'elle ne réalise pas les effets juridiques attendus de l'existence d'une personne morale, la société unipersonnelle comme personne morale relève plus de la fictivité que de la fiction. Tout se passe comme si la personnalité morale n'existait pas. Dans ces conditions, en l'absence d'un intérêt propre dans la société unipersonnelle, celle-ci apparaît non comme une véritable société personne morale mais comme un patrimoine d'affectation artificiellement créé et inutilement personnifié.

379. Conclusion de la première partie. L'introduction de la société unipersonnelle a suscité de débats importants relativement à la notion de société et celle de la personnalité morale. Puisque la société-personne morale suppose traditionnellement, qu'il existe réellement un groupement de personnes, la société unipersonnelle constitue une réelle rupture et engendre un problème d'ordre conceptuel. Puisque les questions théoriques ne sont pas un détail pour le juriste, il doit s'efforcer à les résoudre afin de rétablir la cohérence notoirement nécessaire pour chaque concept juridique. Généralement, deux voies ont été poursuivies, la première consiste, en quête d'une théorie unitaire et cohérente, à faire évoluer tant la notion de société que celle de personne morale alors que la seconde voie préfère lui conférer le statut d'une exception inexplicable.

C'est cette seconde voie qui a été adoptée dans la présente étude. En premier lieu, la notion de société suppose la réunion de certains éléments de qualification ressemblés selon une certaine structure. Ces éléments sont absents dans la société unipersonnelle de même que la transposition technique de la structure sociale à la société unipersonnelle conduit inévitablement à transformer la notion de société en la réduisant à un patrimoine d'affectation. La cohérence, l'unité et l'effectivité de la notion de société implique nécessairement à lui attribuer un nature contractuelle, car, quel que soit le but de la société ou la nature de ses activités, elle doit être réservée à l'idée d'association entre deux ou plusieurs personnes. En revanche, une notion élargie ou floue de la notion de société, englobant celle unipersonnelle, se révèle sans utilité et sans véritables conséquences juridiques. Une société réelle dépend de l'existence d'un contrat de société de même que la réalité de la personnalité morale d'une société en dépend aussi.

En outre, la réalité d'une personne morale dépend de l'existence d'un intérêt spécifique vainement recherché jamais trouvé dans une société unipersonnelle. La personnalité morale est une technique d'unification d'un groupement de personnes poursuivant un intérêt identique qui est à la base de leur réunion au sein d'une seule

personne morale munie d'un organe qui agit dans l'intérêt de tous et afin de réaliser l'intérêt sélectionné dans l'acte d'organisation, fondateur de la personne morale alors que l'acte créateur d'une société unipersonnelle consiste à rendre opposable, non pas une organisation collective autour d'un intérêt déterminé, mais uniquement un fractionnement du patrimoine d'une seule personne. L'objet de l'organisation de l'acte unilatéral de société n'est pas de l'essence de la notion de société ni de celle de la personnalité morale. En tout état de cause, tout se passe dans une société unipersonnelle comme si ni société ni personnalité morale n'existait.

On doit dès lors conclure à l'exclusion de la société unipersonnelle du raisonnement juridique puisqu'elle rend impossible l'élaboration d'une théorie unitaire et cohérente de la notion de société-personne morale. La technique sociale n'est utilisée donc que pour réaliser un patrimoine d'affectation ce qui ne permet pas de fonder la personnalité morale.

Enfin, il importe de rappeler que l'objectif poursuivi par le législateur n'est pas dû à une évolution de la notion de société ou de celle de personne morale. Il s'agit, en réalité, de répondre à des nécessités pratiques tendant à encourager la création des entreprises et cela en conférant à l'entrepreneur individuel un statut limitatif de responsabilité. Toutefois, un tel statut pose des problèmes d'efficacité et de légitimité tant qu'il est vrai que les fondements de la responsabilité limitée ne sont pas satisfaits. C'est la raison pour laquelle, la société unipersonnelle est souvent remise en cause dans la pratique. Il reste alors à compléter notre étude en soutenant une remise en cause réaliste de la société unipersonnelle.

SECONDE PARTIE UNE REMISE EN CAUSE RÉALISTE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE

380. Une remise en cause réaliste de la société unipersonnelle sera entreprise à partir d'une vision favorable au principe d'unicité du patrimoine. Il s'agit, à dire vrai, d'un principe qui transcende les lois formelles puisqu'aucune loi ne peut l'effacer du monde du droit. Il s'agit aussi d'un principe naturel qui demeure présent même dans le cadre de la société unipersonnelle ou de l'EIRL, car c'est lui qui justifie la nécessité de certaines organisations légales et impératives dont le non-respect ressusciterait l'unicité du patrimoine à titre de sanction. En effet, il est communément admis que la société unipersonnelle est bien une application du principe de l'unicité du patrimoine en tant qu'instrument de détournement de celui-ci. De plus, on sait que le principal argument de la doctrine favorable à l'autonomisation patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle, via la technique sociétaire (ou même via celle de l'EIRL), est l'existence de nombreuses exceptions au principe d'unicité du patrimoine et c'est pourquoi cette doctrine se plaît parfois à les énumérer, sans du reste s'interroger sur leurs significations profondes. Toutefois, si la société unipersonnelle doit être critiquée sur le fondement de la théorie de l'unicité du patrimoine, elle peut l'être aussi sur celui de la notion du patrimoine d'affectation. L'analyse de ces exceptions, de leurs justifications juridiques, technique, pratiques et même économiques conduit à rejeter l'autonomisation patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle.

Il n'est pas de notre propos de s'attacher à des principes obsolètes, comme certains veulent le laisser croire, mais plutôt d'explorer la vraie argumentation juridique permettant de donner accès à des solutions juridiques non seulement valides mais aussi viables. Plus clairement, si un principe juridique est valable et viable, juridiquement parlant, toute dérogation doit être justifiée. Et si le nombre des exceptions devient si important qu'il convient de s'interroger sur la validité du principe, cela ne change pas grand-chose lorsqu'on entend vérifier la validité d'une institution précise. Sans anticiper sur les conclusions, on peut préciser, pour être plus concret, que si dans la théorie classique le principe d'unicité du patrimoine admet des exceptions, celles-ci obéissent à des éléments justificatifs précis et c'est en l'absence de ces éléments que l'entreprise unipersonnelle ne jouit pas d'une situation d'exception dans la théorie classique. Corrélativement, si le droit français, en raison de la multiplicité des exceptions au principe d'unicité du patrimoine, préfère opter pour le principe de patrimoine d'affectation, celui-ci obéira à des conditions précises. Ces conditions seront les mêmes éléments permettant la dérogation au principe d'unicité du patrimoine ce qui ne permet pas, une fois encore, de donner cette faveur à l'entreprise individuelle. Il faudra dès lors se méfier de ce jeu principe-exception pour ne pas fausser le raisonnement juridique.

Les patrimoines collectifs ne peuvent fournir aucun appui dans la mesure où c'est l'existence d'un groupement de personnes qui justifie leur existence alors que la question de l'admission de l'entreprise unipersonnelle comme patrimoine d'affectation se pose sur un terrain tout à fait différent qui est celui du fractionnement du patrimoine d'une seule personne par un acte unilatéral de volonté. En outre, contrairement à une idée largement répandue, la notion de patrimoine d'affectation spécialisé, qui est souvent, à la fois, une faveur légale au profit d'une personne et une institution d'équilibre entre divers intérêts en présence, ne favorise pas l'admission de l'autonomisation patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle.

Cependant, compte tenu de la multiplication des lois favorisant l'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle, il convient, dans un objectif de clarification, de retracer brièvement la métamorphose de la théorie du patrimoine (I) et d'apporter certaines précisions relativement à la consécration de certains patrimoines spécialisés en droit positif (II) avant d'annoncer le plan de cette seconde partie.

I. La métamorphose de la théorie de patrimoine

381. Le droit français se caractérise actuellement par l'existence de deux conceptions du patrimoine. A la théorie classique du patrimoine vient en effet s'ajouter la conception moderne du patrimoine d'affectation.

A. La théorie classique du patrimoine

382. La théorie classique fait du lien étroit et intime entre la personne juridique et le patrimoine un rapport purement juridique et définit ainsi le patrimoine par référence à la personne : « *l'idée du patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité* »¹⁴⁴⁰. Le patrimoine est « *une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle* »¹⁴⁴¹. Par des formules devenues classiques AUBRY et RAU ont exprimé le lien étroit et intime entre les deux notions, patrimoine et personnalité : « *les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine ; (...) toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien (...); la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot* »¹⁴⁴². Cette idée n'est pas une spéculation pure mais, au contraire, toute la théorie du patrimoine va

¹⁴⁴⁰ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 573, p. 229.

¹⁴⁴¹ C. AUBRY et C. RAU, op. cit., « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 573, p. 231.

¹⁴⁴² C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 573, p. 231.

être dégagée de ce dogme fondamental¹⁴⁴³. Ainsi, le patrimoine est lié à l'idée de la personnalité, en ce sens qu'on ne conçoit pas de patrimoine sans une personne qui en soit titulaire. Le patrimoine n'a pas « *d'existence propre et indépendante, il ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient* »¹⁴⁴⁴. Cette proposition n'est au fond qu'un corollaire de l'idée selon laquelle la personne est, par définition, le seul pôle capable de rassembler autour de lui les droits par ailleurs divers que l'on qualifie de « *droits subjectifs* »¹⁴⁴⁵. Ce principe a pour effet logique de faire évincer la théorie allemande du patrimoine sans sujet¹⁴⁴⁶. Principalement, la théorie classique est fondée sur deux idées fondamentales : la nécessité du patrimoine et son unicité ; chaque personne a nécessairement un patrimoine et un seul.

383. Le principe de la nécessité du patrimoine signifie qu'il n'y a point de personne sans patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien¹⁴⁴⁷. Le patrimoine étant un droit et une obligation à la charge d'une personne.

D'une part, le patrimoine est un droit inné que toute personne acquiert à sa naissance, sans que sa volonté propre ait à intervenir¹⁴⁴⁸. Ainsi, le patrimoine s'identifie avec la personne en ce sens que le patrimoine, expression de la capacité juridique de la personne ou de sa puissance économique, se ramène à l'aptitude à devenir sujet actif et passif de droit, à acquérir ou à contracter. Cette aptitude suffit à elle seule à constituer le patrimoine, « *espèce de réservoir vide parfois de tout contenu, mais toujours susceptible de se remplir* »¹⁴⁴⁹. En pure théorie, le patrimoine devrait ainsi comprendre indistinctement tous les biens, y compris les biens innés et les biens à venir. Le patrimoine constitue donc une entité abstraite, distincte des biens et charges qui le composent¹⁴⁵⁰.

D'autre part, le patrimoine en tant qu'ensemble de droits et d'obligations est la contrepartie de la responsabilité personnelle. Il est impossible pour une personne de se défaire de cet attribut. On ne peut aliéner son patrimoine. On ne perd son patrimoine qu'en perdant, avec sa vie, sa personnalité¹⁴⁵¹. C'est logique, encore une

¹⁴⁴³ H. GAZIN « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Dijon, Rousseau 1910, p. 10.

¹⁴⁴⁴ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 577, p. 242.

¹⁴⁴⁵ J.-P. VERSCHAVE, « *Essai sur l'unicité du patrimoine* », thèse, Lille, 1984, p. 376.

¹⁴⁴⁶ *Supra* 355 et s.

¹⁴⁴⁷ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 573, 231.

¹⁴⁴⁸ F.-H. SPETH, « *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne* », LGDJ-Descoer, Paris-Liège, 1957, n° 14, p. 14.

¹⁴⁴⁹ 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* », Sirey 1932, Préface J. BONNECASE, p. 153.

¹⁴⁵⁰ F.-H. SPETH, « *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne* », LGDJ-Descoer, Paris-Liège, 1957, n° 14, p. 15.

¹⁴⁵¹ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 577, p. 243.

fois, car autre chose est la capacité d'avoir des droits, autre chose est l'existence de ces mêmes droits, « autre est la perte du patrimoine lui-même, autre celle des biens qui se trouvent compris dans un patrimoine envisagé comme universalité de droit »¹⁴⁵². Plus clairement, par le rattachement du patrimoine à la personnalité, AUBRY et RAU ont été conduits à conférer au patrimoine les mêmes qualités que celles attribuées à la personnalité. Le patrimoine est donc intransmissible, insaisissable, inaliénable, et indivisible. Il résulte de là que le patrimoine est incessible ou intransmissible du vivant de son titulaire. Son patrimoine en tant qu'entité abstraite lui restera même s'il aliène tous ses biens, ou transmet tous ses droits. Seuls les éléments qui le composent peuvent, à titre particulier, être aliénés que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit.

La seule cause de transmission à titre universel est la mort. Dans ce cas, le patrimoine se transmet activement et passivement. L'héritier ou les cohéritiers seront obligés de payer les dettes de l'hérédité. Dans la théorie classique, l'héritier est le continuateur de la personne du *de cuius*. C'est la théorie la continuation de la personne ou la succession de la personne. Selon cette théorie, les biens de l'hérédité sont considérés comme les biens personnels de l'héritier, de telle sorte qu'il en acquiert la maîtrise complète. Quant au passif, les dettes du *de cuius* deviennent les siennes, de sorte que, devenu personnellement débiteur, il en est tenu sur tous ses biens conformément à l'article 2092 (aujourd'hui 2284) du Code civil. Il n'y aura pas lieu de distinguer entre ceux qu'il a reçus du *de cuius* et les autres. Son obligation au passif est illimitée : il est tenu au-delà des forces de la succession- *ultra vires successionis* et non *intra vires hereditatis*¹⁴⁵³.

Il est certain que le droit français adopte le principe *ultra vires successionis*, qui a pour conséquence la confusion du patrimoine de l'héritier, lequel ne peut avoir qu'un seul patrimoine, avec celui du *de cuius*. La doctrine moderne tend cependant à considérer que ce principe ne trouve pas sa justification dans la continuation de la personne : cette explication est tenue pour artificielle et l'on préfère renoncer à cette fiction pour admettre plus simplement et plus franchement que le patrimoine est transmissible à cause de mort.

384. S'agissant du principe de l'unicité du patrimoine, c'est à partir de la conception romaine de la succession à la personne qu'a été affirmée l'idée que chaque personne n'a qu'un patrimoine. Cette idée a été reprise bien plus tard par ZACHARIAE et développée par AUBRY et RAU, éminents auteurs du 19^e siècle qui

¹⁴⁵² C. AUBRY et C. RAU, « Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 577, p. 243.

¹⁴⁵³ Selon la théorie de la succession aux biens, l'héritier est tenu *intra vires hereditatis*, c'est-à-dire, il n'est tenu que dans la limite des forces de la succession. L'héritier est tenu, non point parce que les dettes du *de cuius* seraient devenues les siennes, mais parce qu'il recueille l'actif, et que, dans le patrimoine, actif et passif sont indissolublement liés. Dès lors, ce qu'il reçoit justifiant ce qu'il doit, il est naturel qu'il ne soit obligé que dans la limite de ce qu'il recueille. Son obligation au passif est limitée à hauteur de l'actif.

avaient traduit son manuel de droit civil pour en faire la première édition de leur cours. En droit positif, l'unicité du patrimoine trouve sa base légale dans les articles 2092 et 2093 du Code civil (actuellement 2284 et 2285 du même Code) qui ont traité à la nature juridique du droit des créanciers et disposent que le « débiteur » est tenu « personnellement » sur « tous ses biens »¹⁴⁵⁴. Ces articles n'affirment pas autre chose que le caractère personnaliste ou subjectif de l'obligation et font de la sorte douter que le patrimoine puisse se détacher de la personnalité. Le créancier ne peut exercer ses prérogatives qu'à l'encontre de son débiteur et le droit personnel porte sur l'ensemble du patrimoine de son débiteur. Ce ne sont pas les biens du débiteur qui sont l'objet du droit des créanciers, ni le patrimoine en tant qu'ensemble de biens, mais la personne¹⁴⁵⁵.

Dans ces conditions, la théorie classique du patrimoine se fonde sur la cohésion entre les trois éléments structurant le droit positif français : la personne, les biens et les obligations¹⁴⁵⁶. Si le créancier peut saisir l'un quelconque des biens du débiteur et se faire payer sur le prix, ou si le créancier en l'absence d'exécution peut obtenir une réparation en dommages-intérêts, c'est en raison du caractère personnel de l'obligation qui frappe le patrimoine du débiteur tout entier. Ce n'est que dans la mesure où le titulaire des biens actifs est en même temps le sujet passif de l'obligation que le créancier peut saisir ses biens. Si une corrélation directe existe entre les biens et les obligations d'une personne c'est en raison du fait qu'ils sont rattachés à une personne qui trouve son expression économique dans son patrimoine¹⁴⁵⁷. La notion de patrimoine paraît, dès lors, le double de la personnalité et la contrepartie de la notion de responsabilité personnelle¹⁴⁵⁸.

385. Le patrimoine dans la théorie classique est composé donc d'un actif et d'un passif propres, ce qui constitue l'aspect objectif du patrimoine et ce que personne ne conteste. Cependant, cet aspect objectif n'est pas détaché, dans la théorie

¹⁴⁵⁴ C'est le résultat de la transposition du vieil adage romain « *qui s'oblige oblige le sien* ». Ce qui signifie que l'ensemble des biens du débiteur répond de ses engagements.

¹⁴⁵⁵ F. COHET, « *Patrimoine et entreprise* », thèse Grenoble 1993, n° 493, p. 367. – V. également, F. COHET-CORDEY, « *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif* »: RTD civ., 1996, p. 819.

¹⁴⁵⁶ F. COHET, « *Patrimoine et entreprise* », thèse, Grenoble 1993, n° 473, p. 356. « *La théorie du patrimoine explique les rapports existants entre les personnes, les biens et les obligations. La personne a des biens qui vont répondre de ses obligations ; ses droits comme ses charges, actuels et futurs, sont regroupées au sein de son patrimoine. Lorsqu'elle acquiert un droit, son patrimoine s'enrichit d'un élément actif, lorsqu'elle crée une dette son patrimoine s'augmente d'un élément passif. Si les droits et obligations transitent par le patrimoine, c'est parce que seule la personne peut être sujet des droits et obligations.... si les obligations s'exécutent sur les biens, c'est uniquement en considération du fait qu'ils appartiennent à la personne du débiteur et qu'ainsi ils sont contenus dans le patrimoine, reflet de la personnalité économique du débiteur, seul engagé* ».

¹⁴⁵⁷ F. COHET, « *Patrimoine et entreprise* », thèse, Grenoble 1993, p. 368.

¹⁴⁵⁸ R. GARY, « *Essai sur les notions d'universalité de droit et d'universalité de fait dans leur état actuel* », thèse, Bordeaux, 1930, p. 190.

classique, de son aspect subjectif, ce qui constitue le nœud du principe de l'unicité du patrimoine¹⁴⁵⁹. L'essence de la conception classique est cette liaison entre aspect objectif et subjectif du patrimoine. C'est l'unité de la personne qui justifie l'unité du patrimoine. « *Le patrimoine est, en principe, un et indivisible, comme la personnalité même* »¹⁴⁶⁰. Selon AUBRY et RAU, le patrimoine « *n'est pas même susceptible, à raison de l'unité de la personne, de se partager en plusieurs universalités juridiques, distinctes les unes des autres* »¹⁴⁶¹.

386. Il n'est pas inutile de remarquer que si le principe d'unicité du patrimoine trouve son fondement théorique dans le caractère subjectif de l'obligation, son fondement technique réside dans le mécanisme de la subrogation réelle. Celui-ci constitue un élément essentiel adapté rationnellement à la structure du patrimoine mais étant précisé que ce mécanisme ne joue naturellement et automatiquement que dans le patrimoine d'une personne. Ainsi, c'est encore une conception personnaliste qui inspire la technique de la subrogation réelle : si la subrogation réelle remplit une fonction explicative de la cohésion objective et dynamique des éléments du patrimoine d'une personne, la corrélation entre actif et passif, qui constitue la notion même d'universalité de droit, n'est pas envisagée indépendamment de son aspect subjectif. En effet, les auteurs classiques se sont moins préoccupés d'analyser objectivement la notion de subrogation réelle que d'en décrire l'application dans leur théorie du patrimoine¹⁴⁶². Ainsi, AUBRY et RAU définissent la subrogation réelle en ces termes: « *la subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient à en remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique* »¹⁴⁶³.

Ainsi si le mécanisme de la subrogation réelle explique l'acquisition d'un nouveau bien par un sujet, il est limité au droit de propriété¹⁴⁶⁴ et la personne

¹⁴⁵⁹ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français* », t. IX, 6^e éd., 1953, par P. ESMEIN, § 573 : « *le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne envisagés comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire une masse de biens qui, de nature et d'origines diverses, et matériellement séparés, ne sont réunies par la pensée qu'en considération du fait qu'ils appartiennent à une même personne. L'idée du patrimoine est le corollaire de la personnalité* »^l.

¹⁴⁶⁰ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 574, 332 ; V. également, § 576, p. 240, note n° 2 : « *l'ensemble des biens d'une personne ne constituant une universalité de droit que parce qu'il se confond pour ainsi dire avec sa personnalité, l'essence même du patrimoine s'oppose à ce qu'il puisse former comme tel du vivant de cette personne l'objet d'un droit réel au profit d'un tiers* ».

¹⁴⁶¹ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 574, p. 232.

¹⁴⁶² M. LAURIOL, « *La subrogation réelle* », thèse, Alger, 1951, éd., Sirey, 1954, Préface A. BRETON, n° 4, p. 9.

¹⁴⁶³ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 575, p. 235.

¹⁴⁶⁴ M. LAURIOL, « *La subrogation réelle* », thèse, Alger, 1951, éd., Sirey, 1954, Préface A. BRETON, n° 5, p. 10.

demeure le fondement du patrimoine¹⁴⁶⁵. Cela signifie que tous les biens du patrimoine étant liés à la personne par un rapport de propriété, le remplacement d'un bien par un autre au sein de cette universalité a pour effet de mettre ce dernier bien dans la même situation juridique que le premier au regard du titulaire du patrimoine. En d'autres termes, par l'effet de la subrogation réelle, l'objet subrogé ne vient pas seulement prendre de fait, dans l'universalité, où il entre, la place qu'occupait celui auquel il est substitué, il revêt encore, comme élément de cette universalité, la nature juridique de ce dernier : *subrogatum sapit naturam subrogati*¹⁴⁶⁶.

Cette conception subjective de la subrogation réelle, limitée à la protection du droit subjectif, s'explique par son fondement qui réside dans la fongibilité des éléments du patrimoine. D'une part, c'est cette fongibilité qui permet le jeu du mécanisme de la subrogation réelle et c'est elle qui justifie, non seulement l'acquisition de la propriété, mais également l'évolution du gage général des créanciers¹⁴⁶⁷. Autrement dit, si la subrogation réelle a un caractère automatique et joue de plein droit¹⁴⁶⁸, c'est cette fongibilité essentielle qui entraîne automatiquement, logiquement et normalement la subrogation réelle, et par voie de conséquence, celle-ci est inapplicable hors du patrimoine faute de fongibilité¹⁴⁶⁹. En effet, l'essence de la fongibilité est l'interchangeabilité et son domaine d'application est limité aux hypothèses de restitution¹⁴⁷⁰. De même, chez AUBRY et RAU, le patrimoine est envisagé comme l'ensemble de droits et obligations d'une personne susceptibles d'être estimés en argent. D'autre part, c'est ce rattachement à la personne qui entraîne la fongibilité de ses biens et permet ainsi d'envisager les biens moins dans leur individualité matérielle que sous le seul aspect de leur valeur pécuniaire. La

¹⁴⁶⁵ D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 441, p. 294.

¹⁴⁶⁶ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 575, p. 237.

¹⁴⁶⁷ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 575, p. 235: Dès l'introduction de leur conception de la subrogation réelle, AUBRY et RAU ont précisé que « *le fondement de cette fiction se trouve... dans la fongibilité des objets que referme une même universalité du droit* ». Sur cette question V. également, D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 444, p. 296.

¹⁴⁶⁸ M. LAURIOL, « *La subrogation réelle* », thèse, Alger, 1951, éd., Sirey, 1954, Préface A. BRETON, n° 15, p. 15.

¹⁴⁶⁹ D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 453, p. 301.

¹⁴⁷⁰ D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 449, p. 299 et n° 453, p. 301: le rôle de la subrogation réelle dans les universalités résulte de deux adages : *in iudiciis universalibus, res succedit in loco pretii, pretium in loco rei*, et *in iudiciis singularibus pretium non succedit loco rei nec res loco pretii*. Il résulte de ces deux formules que dans les universalités juridiques le prix succède à la chose qu'il remplace comme la chose succède au prix dont elle provient, alors que dans les choses envisagées à titre singulier, ni l'un ni l'autre effet ne se produisent. En d'autres termes, la subrogation joue de plein droit dans les universalités juridiques tandis qu'elle n'a pas lieu automatiquement pour les biens pris isolément.

prise en compte du bien sous le seul aspect de sa valeur et non en lui-même, est exigée pour que le bien puisse être remplacé¹⁴⁷¹. Or, dans les autres universalités, les biens ne seraient pas seulement considérés à ce titre¹⁴⁷². Cette conception exclut, *a priori*, toute possibilité pour une même personne d'être titulaire d'une pluralité de patrimoines¹⁴⁷³.

Dans ces conditions, la subrogation réelle remplit son rôle d'automaticité seulement dans le patrimoine d'une personne, mais ce principe peut recevoir exception en vertu de la loi ou d'une convention qui la fait jouer dans un *judicium singulare* comme c'est le cas de la communauté entre époux ou du régime dotal¹⁴⁷⁴. Sans le secours d'un texte, la subrogation réelle doit être alors rejetée comme manquant de toute base rationnelle ou législative¹⁴⁷⁵. En outre, la subrogation réelle, dans les textes la prévoyant est d'interprétation stricte¹⁴⁷⁶. En d'autres termes, le principe d'unicité du patrimoine n'est pas absolu dans la théorie classique. Il est plus souple qu'il ne paraît et admet certaines exceptions. Ces exceptions ne sont pas nombreuses, mais elles ont toujours constitué la base de la théorie du patrimoine d'affectation.

B. La théorie moderne du patrimoine d'affectation

387. C'est à partir des exceptions au principe de l'unicité du patrimoine qu'une doctrine, dite moderne, a tenté de construire la théorie du patrimoine d'affectation, souvent afin de justifier l'autonomie patrimoniale de l'entreprise

¹⁴⁷¹ D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 438, p. 292: en effet, envisager le bien sous le seul aspect de sa valeur est commandé par la nécessaire identification du bien de substitution au bien d'origine. L'individualisation des biens ne doit toutefois pas aller jusqu'à un caractère identitaire trop marqué, puisqu'il faut que le bien soit susceptible d'être remplacé

¹⁴⁷² D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 445, p. 297.

¹⁴⁷³ F. H. SPETH, « *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne* », thèse, Paris, éd. Liège, 1957, n° 12, p. 12.

¹⁴⁷⁴ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 575, p. 238. – D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 457, p. 305: les universalités qui résultent d'une convention n'auront qu'une portée limitée en raison de l'effet relatif des conventions.

¹⁴⁷⁵ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 575, p. 239.

¹⁴⁷⁶ AUBRY et RAU admettent largement la subrogation dans les universalités qui revêtent le caractère du patrimoine. C'est le cas notamment de quelques autres universalités ayant le caractère d'universalités juridiques, comme le patrimoine héréditaire en cas de séparation des patrimoines ou de bénéficiaire d'inventaire, les successions anormales, les biens de l'absent, les fidécummes universels. En revanche, la subrogation doit être exclue des universalités de fait, comme une bibliothèque, un troupeau, un fonds de commerce : C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 574, p. 234.

individuelle¹⁴⁷⁷. La réception de cette théorie par le droit français a été finalement consacrée avec la loi du 15 juin 2010 créant le statut de l'EIRL. De même, la théorie d'affectation favorise la société unipersonnelle, qui est présentée comme un patrimoine d'affectation spécialisé. Le législateur a donc pu user de la technique sociale pour individualiser juridiquement, et surtout patrimoniallement, l'entreprise. Toutefois, l'unicité du patrimoine demeure le principe qui charpente le droit positif et, par voie de conséquence, toute dérogation doit être justifiée notamment par une technique juridique de réalisation garantissant l'effectivité de toute hypothèse de patrimoine d'affectation. Nous présenterons successivement la conception doctrinale (1°) et le fondement (2°) de la notion du patrimoine d'affectation.

1° La conception doctrinale de la notion de patrimoine d'affectation

388. La théorie classique du patrimoine est apparue, pour une partie de la doctrine, contraire à la satisfaction de certains besoins de la pratique. C'est pourquoi on a proposé de lui substituer la théorie moderne du patrimoine d'affectation. Il semble que ce soit R. SALEILLES¹⁴⁷⁸ qui ait, le premier, préconisé d'introduire la théorie allemande du patrimoine d'affectation, mais c'est plus particulièrement F. GENY, qui, à l'aube du siècle dernier, s'est efforcé de secouer le joug de la méthode de l'exégèse et a dénoncé la théorie classique du patrimoine comme un exemple caractéristique « des abstractions logiques »¹⁴⁷⁹ « n'ayant d'autre base qu'une vague tradition ou la fantaisie personnelle de son auteur »¹⁴⁸⁰. Pour lui, AUBRY et RAU se seraient rendus coupables d'un abus en recherchant, dans l'essence de la personnalité même, les attributs du patrimoine et en prétendant en déduire l'impossibilité qu'il y aurait à détacher le patrimoine de la personne¹⁴⁸¹. Ainsi, F. GENY déclarait l'œuvre des deux auteurs à la fois inutile et dangereuse : « inutile, puisque, incapable de justifier toutes les solutions légales, elle est contrainte d'en stigmatiser bon nombre, comme de flagrantes atteintes à la logique, oubliant que la technique juridique, loin de dominer la loi, n'a de raison d'être que si elle l'explique toute entière. Dangereuse, en même temps ; car elle empêche maints développements que, sans ces idées préconçues, la jurisprudence progressive pourrait et devrait réaliser d'elle-même »¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁷ F. H. SPETH, « La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne », thèse, Paris, 1957, éd. LGDJ-Descoer, Paris-Liège, 1958, Préface. M. PHILONENKO.

¹⁴⁷⁸ R. SALEILLES, « De la personnalité juridique. Histoire et théorie », Rousseau 2^e éd., 1922, p. 453, 476 et p. 593R.

¹⁴⁷⁹ F. GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », t. 1, 2^e éd., 1899-1954, p. 124, n° 60.

¹⁴⁸⁰ F. GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », t. 1, 2^e éd., 1899-1954, p. 126, ° 60.

¹⁴⁸¹ F. GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », t. 1, 2^e éd., 1899-1954, p. 143, n° 67.

¹⁴⁸² F. GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », t. 1, 2^e éd., 1899-1954, p. 143, n° 67.

389. Dans le même sillage, H. GAZIN s'est emparé de ces observations dans son étude critique de la théorie classique du patrimoine. Pour ce disciple de GENY, « le patrimoine d'une personne apparaît moins comme l'ensemble de ses biens que comme la capacité d'être obligée qui lui appartient »¹⁴⁸³. Selon H. GAZIN, « à quoi sert (...) cet enchevêtrement compliqué qui accorde à la personne, la personnalité ; à la personnalité, la capacité, à la capacité le droit de patrimoine ; pour enfin faire du patrimoine le sujet du droit et des obligations ? »¹⁴⁸⁴. Pour cet auteur, la notion de patrimoine est organisée autour des deux idées de but et de personne. Plus clairement, le ciment de l'unité du patrimoine ne réside pas nécessairement dans la commune appartenance des éléments, actif et passif, du patrimoine à une même personne car ce qui unit entre eux ces éléments, c'est essentiellement le but commun au service duquel ils sont affectés¹⁴⁸⁵. Selon lui, c'est l'idée même de but qui est l'élément de cohésion du patrimoine individuel : les masses de biens « doivent être envisagés comme des ensembles cohérents, unifiés et autonomes, dont tous les éléments sont entre eux dans un état d'interdépendance étroite »¹⁴⁸⁶. De même, dans plusieurs passages de son étude, H. GAZIN a relevé que si la théorie de l'unicité du patrimoine était exacte, on ne concevrait pas que cette règle puisse souffrir d'exception. Dès lors, l'existence de certaines exceptions revient à établir l'inexactitude du fondement d'une telle théorie, et donc l'absence de valeur de cette dernière¹⁴⁸⁷. Cet auteur a distingué trois sortes de patrimoine : le patrimoine à liquider comme en matière de succession, le patrimoine à administrer comme pour le patrimoine d'une société, et le patrimoine à conserver comme pour la dot¹⁴⁸⁸.

390. En tout cas, toute propriété d'affectation ne constitue pas un patrimoine ; encore faut-il qu'il y ait constitution d'un but nouveau, ou d'un intérêt spécial¹⁴⁸⁹, qui serve de « centre autour duquel viendraient se ranger toutes les valeurs positives ou négatives concourant à un titre quelconque à la réalisation de ce but »¹⁴⁹⁰. De plus, « il n'y a pas de véritable patrimoine dont la fonction soit purement conservatoire. Pour qu'il se forme en effet un ensemble complexe de biens et de dettes, il faut de toute nécessité un but indépendant. Un but purement négatif n'est, au contraire, jamais que l'accessoire d'un autre but dont il facilite l'accomplissement ou auquel il laisse la place. Une affectation complètement négative ne saurait d'autre part, en aucun cas, et par définition même, devenir créatrice de valeurs nouvelles, de dettes, de créances. Celles-ci ne sont jamais nécessaires à la

¹⁴⁸³ H. GAZIN, « Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique », thèse, Dijon, Rousseau 1910, p. 453 et p. 421

¹⁴⁸⁴ H. GAZIN, thèse, préc., p. 421.

¹⁴⁸⁵ H. GAZIN, thèse, préc., p. 259-262.

¹⁴⁸⁶ H. GAZIN, thèse, préc., p. 368.

¹⁴⁸⁷ H. GAZIN, thèse, préc., p. 125-126, p. 166 et, spécialement, à propos des exceptions du principe de l'indivisibilité, V., p. 242-243.

¹⁴⁸⁸ H. GAZIN, thèse, préc., p.264.

¹⁴⁸⁹ H. GAZIN, thèse, préc., p. 261.

¹⁴⁹⁰ H. GAZIN, thèse, préc., p. 371 et 373.

*réalisation d'un tel objectif. Par le fait même, on se trouve nécessairement et toujours en face d'un ou plusieurs biens actifs, qu'il faut envisager dans leur individualité matérielle, celle-ci étant précisément la condition et la cause de leur destination spéciale. On n'est jamais en présence d'un ensemble de valeurs positives et négatives formant un tout »*¹⁴⁹¹.

Plus clairement, pour qu'il ait patrimoine autonome, l'affectation doit être faite en valeur et non en nature. Une affectation en nature réduit l'affectation à un aspect statique et non dynamique alors que le patrimoine doit être envisagé comme contenant et non comme contenu. Dans ce sens, un but nouveau doit être capable de donner aux biens une cohésion patrimoniale et de faire de ces biens un ensemble dynamique et non seulement statique. Il s'ensuit que le changement de certains éléments du patrimoine ne doit pas faire perdre aux éléments du patrimoine leur indivisibilité et leur cohésion. Plus clairement encore, il est nécessaire de distinguer entre la théorie d'affectation dans son sens général, simple affectation des biens, et la notion de patrimoine d'affectation¹⁴⁹². Une simple affectation des biens suppose la soumission de certains biens à un régime juridique déterminé alors que la notion de patrimoine d'affectation comporte fondamentalement une séparation des créanciers en deux catégories dont l'une se voit conférer un droit exclusif sur une masse de biens déterminés.

391. Les auteurs récents reprennent généralement à leur compte les critiques adressées à la théorie classique du patrimoine par GENY et GAZIN. Comme ces derniers, ils récusent le lien trop étroit établi par AUBRY et RAU entre le patrimoine et la personne. Toutefois, sans céder aux critiques négatives de l'unité du patrimoine, la notion du patrimoine d'affectation correspond à une notion objective du patrimoine dégagée pour partie à partir de la théorie classique elle-même. Tout en considérant l'unité du patrimoine comme règle de principe, les efforts de cette doctrine ont consisté à perfectionner la théorie classique, en mettant l'accent particulièrement sur la notion d'affectation.

Les partisans de cette notion ont trouvé une assise à leur théorie dans l'ambiguïté des deux sens donnés au patrimoine par AUBRY et RAU. Dans le sens propre du mot, c'est-à-dire, au sens purement subjectif, le patrimoine s'identifie à la

¹⁴⁹¹ H. GAZIN, op. cit., p. 374: selon GAZIN, la conservation des biens peut n'être qu'un moyen. Mais ces biens doivent en réalité être affectés à des buts actifs, dont l'accomplissement exigeait parfois la création de dettes. Ainsi la dot est destinée à être gardée pour subvenir dans toutes les dépenses intéressant la famille au sens le plus élevé du mot.

¹⁴⁹² Certains biens se voient appliquer un régime juridique identique, pour autant on ne peut les considérer comme constituant un patrimoine d'affectation. Par exemple, les biens inaliénables ou insaisissables ou encore dans le bien de la famille, sans créer des patrimoines séparés, peuvent écarter l'action des créanciers sur certains biens (F. SPETH, « *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne* », LGDJ-Descer, Paris-Liège, Préface M. PHILONENKO, p. 152 et 108). Pourtant ces biens ne constituent pas un patrimoine d'affectation puisqu'ils ne satisfont pas la définition juridique du patrimoine à savoir l'existence d'un actif et passif corrélatif. Dans ces biens, il n'existe qu'un actif sans passif.

personne, en tant qu'aptitude de la personne à acquérir. Le patrimoine, chez AUBRY et RAU, est avant tout une notion subjective, un aspect de la personnalité, si on l'envisage abstraction faite du temps et de l'espace. Toutefois, si AUBRY et RAU donnent par avance une valeur au pouvoir d'acquérir d'une personne, ils conçoivent aussi la notion juridique de patrimoine de manière objective en ce sens que le patrimoine comprend les biens dont cette personne est titulaire à un moment donné¹⁴⁹³. AUBRY et RAU ont ainsi plus ou moins consciemment distingué la notion de patrimoine prise en elle-même, d'une part, et l'état ou la composition du patrimoine à un moment donné, d'autre part. Le patrimoine est aussi une notion objective si l'on considère son état à un moment donné, puisque le patrimoine se ramène à l'ensemble des biens qu'une personne est susceptible d'acquérir de sa naissance à sa mort. Plus précisément, les deux théories affirment que, dans une universalité de droit, les éléments qui la composent ne sont pas envisagés dans leur individualité physique, matérielle, mais dans leur valeur économique, pécuniaire : ensembles de biens et de dettes¹⁴⁹⁴.

392. En fin de compte, les deux tendances ne sont nullement antinomiques. Il semble possible de les concilier. Cependant, ce qu'il faut retenir de la théorie de la personnalité, c'est que celle-ci constitue un point de départ, une base. Le patrimoine correspond, tout d'abord, à la personne humaine. Son inaliénabilité entre vifs en est la preuve. Mais ce n'est pas à dire que les attributs du patrimoine soient les mêmes que ceux de la personnalité. Le patrimoine, à la différence de la personnalité, peut être divisé par l'affectation de certains biens, ou groupes de biens, à des fins particulières. Les partisans de la théorie moderne n'ignorent nullement l'assise de la théorie classique du patrimoine et ses applications en droit positif. Toutefois, la théorie de l'affectation présente pour eux un second fondement de la cohésion patrimoniale entre l'actif grevé et son passif propre.

2° Le fondement de la notion de patrimoine d'affectation

393. Tout en admettant certaines exceptions à l'unicité du patrimoine, AUBRY et RAU, eux-mêmes, n'ont pas omis de préciser qu'un texte légal est nécessaire. Les patrimoines d'affectation ne sont que des exceptions qui doivent être réglés, cas par cas, par des organisations légales et impératives protégeant le but de l'affectation¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹³ 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* », Sirey 1932, Préface J. BONNECASE, p. 168 et s.

¹⁴⁹⁴ R. GARY, op., cit., p. 169.

¹⁴⁹⁵ V. G. WICKER, « *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface G. AMIEL-DONAT, n° 195, p. 188 : en raison de la confusion initiale de l'ensemble des biens de la personne au sein de son patrimoine général, il est évident que la réalisation d'une affectation ne saurait être opposable sans l'accomplissement de mesures de publicité légale destinées à informer les créanciers à venir ainsi que les créanciers antérieurs. Et concernant ces derniers, qui sont les seuls à

394. Pour AUBRY et RAU, « l'idée du patrimoine se déduit de celle de la personnalité. Quelle que soit la variété des objets sur lesquels l'homme peut avoir des droits à exercer, quelle que soit la diversité de leur nature consécutive, ces objets en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une même et seule volonté, à l'action d'un même et seul pouvoir juridique ; ils constituent par cela même un tout juridique (*universum jus*) »¹⁴⁹⁶. Ainsi, au pouvoir unique et souverain du propriétaire du patrimoine correspond un patrimoine unique et indivisible. Inversement, c'est au prix d'une corrélation entre pouvoir et propriété que la théorie classique du patrimoine admet la dérogation au principe de l'unicité du patrimoine. Au moins, une affectation patrimoniale ne peut être admise sans l'existence d'un contrôle efficace de celui qui la gère. D'ailleurs, AUBRY et RAU s'attachaient fortement à cette corrélation entre l'étendue de l'obligation et l'étendue du pouvoir, pour justifier l'unité du patrimoine, et de même, pour justifier toute atténuation. Ce postulat se manifestait clairement lorsqu'ils soutenaient l'attribution de la saisine comme critère de la continuation de la personne pour fonder le principe de l'obligation *ultra vires* des héritiers et exclure à ce titre particulièrement les légataires comme continueurs de la personne du *de cuius*. En effet, pour AUBRY et RAU, les légataires à titre universel ne le seraient jamais, puisqu'ils ne sont jamais saisis ; et les légataires universels ne le seraient que parfois : en l'absence d'héritiers réservataires seulement, puisque c'est alors seulement qu'ils sont saisis¹⁴⁹⁷.

pouvoir véritablement pâtir de cette opération susceptible de déjouer leurs prévisions, il faut admettre que l'affectation leur soit opposable si elle est accomplie dans le but de frauder leurs droits.

¹⁴⁹⁶ C. AUBRY et C. RAU, « Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 573, p. 229 et s.

¹⁴⁹⁷ Toutefois, la thèse d'AUBRY et RAU n'est pas celle adoptée par le droit positif. Une thèse classique avait adopté le principe de la continuation de la personne du *de cuius* : le patrimoine est une émanation de la personnalité, celui qui le recueille continue du même coup la personne de son titulaire. Cette thèse classique avait été adoptée par la jurisprudence conformément au principe de l'unicité du patrimoine. Toutefois, la doctrine contemporaine préfère ne pas recourir à la fiction de la continuation de la personne pour admettre, plus simplement, que le patrimoine est transmissible à cause de mort activement et passivement. L'obligation *ultra vires* se justifie par lui-même. Elle est fondée sur des considérations de solidarité familiale et économiques. Spécialement, sur le plan économique, l'obligation *ultra vires* assure la pérennité du droit de créance. Le créancier qui perd son débiteur a toujours une personne pour débitrice : celle du successeur, qui relaie celle du *de cuius* pour lui offrir en gage, à son tour, tous ses biens présents et à venir. Par là son droit reste un droit personnel, un droit qui s'exerce contre une personne obligée indéfiniment, selon le précepte de l'ancien article 2092 du Code civil (M. GRIMALDI, « Droit civil Successions », Litec, 6^e éd., 2001, n° 555, p. 549). Dès lors, que cette obligation tend à sauvegarder les intérêts des créanciers, il n'y a aucune raison de distinguer entre les héritiers et les légataires universel ou à titre universel. En fin de compte, si la thèse d'AUBRY et RAU est atténuée dans l'une de ses conséquences par le droit positif assimilant les héritiers et les légataires, il reste que, juridiquement, c'est la corrélation entre l'étendue du pouvoir et l'étendue de l'obligation qui fonde l'obligation *ultra vires* et par conséquent l'unicité du patrimoine d'une personne : à des pouvoirs illimités doit correspondre une obligation illimitée. Selon M. GRIMALDI, cette corrélation souligne « la nécessaire cohérence des choix : soit on conserve l'obligation indéfinie des successeurs et l'on peut maintenir leurs pouvoirs illimités ; soit on cantonne leur obligation et il

395. La doctrine favorable à la notion de patrimoine d'affectation ne conteste pas une telle prémisse. Ainsi, critiquant la théorie de H. GAZIN, S. GUINCHARD avait précisé que sa thèse ne fournit pas le critère qui permet de déterminer dans quel cas le but est assez fort pour donner naissance à une véritable universalité juridique¹⁴⁹⁸. S. GUINCHARD, suivant l'objectif de trouver le lien qui peut exister entre les différents cas d'affectation¹⁴⁹⁹, a rejeté l'existence d'un patrimoine d'affectation dans les cas où aucun intérêt collectif ne peut être dégagé¹⁵⁰⁰. En effet, l'idée centrale de la thèse est de démontrer que le régime juridique des biens n'est pas uniquement déterminé par leur nature, mais aussi, dans bien des cas, par leur utilisation. Toutefois, pour cet auteur, la persistance d'un intérêt commun au sein des patrimoines d'affectation fait apparaître un groupement de personnes et non pas seulement un groupement de biens¹⁵⁰¹. De même, pour cet auteur, comme en droit public, l'affectation se décompose en deux éléments : la détermination d'un but et la réalisation de ce but. L'affectation est « quelque chose » qui a une existence et qui se manifeste par certains traits particuliers, notamment par une influence sur le régime juridique des biens affectés. Ainsi, c'est la notion de but ou d'usage déterminé qui décide de l'existence de l'affectation : la soumission d'un bien à un usage déterminé implique automatiquement qu'il ne soit pas disponible pour un autre usage. Cependant, lorsqu'on envisage non plus l'existence de l'affectation, mais sa mise en œuvre, ce n'est pas le but, mais la technique qui apparaît comme l'élément fondamental, la clef de voûte du régime juridique de l'affectation des biens¹⁵⁰². Le but de l'affectation n'a en soi aucune force juridique ; il ne peut l'acquérir qu'au moyen d'une technique¹⁵⁰³.

S. GUINCHARD, à qui revient le mérite d'avoir réalisé une étude d'ensemble sur la théorie de l'affectation en droit privé, avait même observé que la volonté seule ne saurait suffire à constituer un patrimoine d'affectation. Affecter n'est pas seulement choisir un usage déterminé, c'est-à-dire le but de l'affectation, mais également le réaliser par des techniques appropriées¹⁵⁰⁴. La finalité doit être suffisamment originale et individualisée pour distinguer le bien affecté des autres

faut restreindre leurs pouvoirs » : M. GRIMALDI, « *Droit civil Successions* », Litec, 6^e éd., 2001, n° 556, p. 550.

¹⁴⁹⁸ S. GUINCHARD, « *L'affectation des biens en droit privé français* », LGDJ., 1976, Préface R. NERSON, p. 335.

¹⁴⁹⁹ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁰⁰ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 339. – P. RAYNAUD, « *La nature juridique de la dote, essai de contribution à la théorie général du patrimoine* » thèse, Toulouse, 1934, p. 216 et spéc., p. 263 et s : cet auteur fait appel à la notion d'institution pour justifier la notion du patrimoine d'affectation. le patrimoine est affecté à un but, « *celui-ci n'est que l'élément d'une idée d'œuvre à réaliser intégrée et incorporée dans une institution. Le patrimoine est affecté au service d'une institution* ».

¹⁵⁰¹ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 322.

¹⁵⁰² S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁰³ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁰⁴ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 14.

biens du même patrimoine¹⁵⁰⁵. Le but doit être précis et donc envisagé d'un point de vue concret et limité¹⁵⁰⁶. Dans le même sens, G. WICKER, fonde la notion de patrimoine d'affectation sur l'existence d'un intérêt spécifique. Pour cet auteur, il faut bien voir que la constitution de patrimoines spécialisés, distincts de son patrimoine général, n'est pas abandonnée à la libre volonté de la personne¹⁵⁰⁷. Quoique la réalisation ou le maintien d'une affectation trouve bien sa source dans une décision du sujet, il est cependant nécessaire que le but poursuivi présente un caractère objectif minimal. Pour cet auteur, « toutes les hypothèses d'affectations patrimoniales que connaît le droit positif montrent effectivement que l'intérêt particulier, autour duquel se rassemble l'ensemble des éléments composant le patrimoine spécialisé, ne saurait être réduit à la seule intention du sujet. Il est toujours une combinaison de sa volonté, de ses aspirations et des considérations objectives qui peuvent être la protection des créanciers antérieurs, comme en matière successorale, la sauvegarde de la famille ou du ménage, comme pour la dot ou les biens communs, ou encore le développement de l'entreprise dans le cas de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée »¹⁵⁰⁸.

396. En tout état de cause, le patrimoine d'affectation suppose donc, en premier lieu, un but nouveau capable sur le plan juridique de modifier le régime juridique des biens et de leur conférer une unité et une indivisibilité de telle sorte que si un bien est désaffecté cela conduit à faire perdre à l'affectation sa valeur juridique. En second lieu, la technique de réalisation est un moyen juridique d'influer sur la volonté du sujet, titulaire du patrimoine, de manière à priver celui-ci de certains droits ou de certaines facultés que confère un simple droit de propriété. En effet, le morcellement à l'infini du patrimoine constituerait un danger pour le crédit et la sécurité des transactions qui pourrait être grandement ébranlée. C'est pourquoi la protection des tiers exige une organisation légale efficace. Selon G. WICKER, l'affectation doit modifier la nature des prérogatives dont la personne est investie relativement aux biens qui en sont l'objet. Antérieurement à cette opération, ces prérogatives sont de simples droits subjectifs, c'est-à-dire que leur exercice est abandonné à la libre volonté de leur titulaire. En revanche, après sa réalisation, celui-ci est tenu d'agir conformément au but qui est à l'origine de l'affectation¹⁵⁰⁹. Selon cet

¹⁵⁰⁵ S. GUINCHARD, op. cit., p. 23.

¹⁵⁰⁶ S. GUINCHARD, op. cit., p. 23.

¹⁵⁰⁷ G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », LGDJ., 1997, Préface G. AMIEL-DONAT, n° 195, p. 188.

¹⁵⁰⁸ G. WICKER, op. cit., n° 195, p. 188.

¹⁵⁰⁹ G. WICKER, op. cit., n° 196, p. 189 ; également, p. 190 : lorsque le but qui est à l'origine de l'affectation correspond à l'exercice d'une activité déterminée, et non seulement aux nécessités de la gestion des biens affectés, l'affectation réalisée va exercer son influence sur l'activité de la personne, en ce sens que la nécessité de respecter la finalité de l'affectation vient limiter l'autonomie d'action de la personne relativement aux biens qui en sont l'objet mais aussi pour ce qui concerne son activité personnelle en rapport avec les biens affectés ; Ibid., c'est la conséquence de ce que la constitution d'un patrimoine d'affectation suppose au-delà de la seule affectation des biens qui le composent,

auteur, ces prérogatives doivent être exercées dans le sens d'un intérêt spécifique, distinct de celui, général et indifférencié, de la personne. Ce ne sont plus de simples droits subjectifs, mais des pouvoirs. Plus précisément même, ces pouvoirs sont des pouvoirs de représentation car ils sont en rapport avec les biens composant le patrimoine spécialisé et réalisent leurs effets dans celui-ci, et non dans le patrimoine général de la personne¹⁵¹⁰. Par conséquent, G. WICKER ajoute également que la réalisation d'une affectation patrimoniale ne saurait être réduite au seul fractionnement du patrimoine ; elle produit dans le même temps un fractionnement de la capacité d'exercice de la personne, désormais limitée à son patrimoine général. Pour le reste, elle se transmue en autant de pouvoirs de représentation, ou compétences déléguées, que de patrimoines spécialisés¹⁵¹¹. Toujours selon cet auteur, « à partir de là, de la même façon que la capacité d'exercice est l'écho de la capacité de jouissance, l'existence et l'étendue de chacune de ces compétences déléguées permettent corrélativement de dégager relativement à chaque patrimoine spécialisé, une capacité de jouissance spécifique et d'en donner la mesure. Ici, il est à remarquer que cette idée, qu'au patrimoine d'affectation corresponde une capacité de jouissance, s'inscrit parfaitement dans celle selon laquelle une telle capacité est attribuée en considération de l'aptitude à être représentatif d'un intérêt juridique »¹⁵¹². Techniquement, le régime juridique applicable dans l'hypothèse d'un fractionnement du patrimoine suppose nécessairement la personnalisation de chacun des patrimoines spécialisés¹⁵¹³. G. WICKER s'oppose, donc, à la constitution d'une patrimoine d'affectation indépendamment de la personnalité, mais, il convient de retenir que la notion du patrimoine d'affectation suppose une technique de réalisation qui doit permettre une corrélation entre l'actif et le passif d'une masse patrimoniale déterminée et doit interdire nécessairement la confusion de cette masse avec le patrimoine personnel d'une personne ou avec d'autres masses patrimoniales. En définitive, le principe d'unicité du patrimoine s'impose en droit positif comme une norme fondamentale. On ne saurait déroger à ce principe qu'en respectant certaines conditions.

II. La consécration législative de certains patrimoines d'affectation

397. Le législateur actuel reconnaît certains patrimoines d'affectation qui se divisent en deux catégories : les patrimoines collectifs et les patrimoines spécialisés. Les premiers, tels l'indivision, la communauté des biens et les fonds commun de placement et de créance, ne nous intéressent pas dans la mesure où c'est l'existence

l'existence d'une organisation, d'un ensemble des règles juridiques destinées à assurer que l'emploi des biens soit conforme au but qui leur a été assigné.

¹⁵¹⁰ G. WICKER, op. cit., n° 196, p. 189.

¹⁵¹¹ G. WICKER, op. cit., n° 196, p. 189.

¹⁵¹² G. WICKER, op. cit., n° 196, p. 189.

¹⁵¹³ G. WICKER, op. cit., n° 195, p. 189

d'une pluralité de personnes qui justifie leur existence alors que notre étude concerne le fractionnement du patrimoine d'une seule personne¹⁵¹⁴. Ce sont davantage les patrimoines spécialisés ou spéciaux qui sont de nature à nous apporter un éclairage sur le fractionnement du patrimoine de l'entrepreneur individuel par le biais de la technique sociétaire. La question peut légitimement être posée, à partir du moment où le patrimoine n'est plus défini uniquement par rapport à la personne, mais aussi par le passif qu'il comporte. Et cette question n'est pas dépourvue d'intérêt pratique¹⁵¹⁵. Précisément, on peut relever trois patrimoines spécialisés reconnus par le droit positif : la succession faisant l'objet d'une acceptation à concurrence de l'actif net, la fortune de mer et la fiducie. Nous étudierons ces institutions dans l'objectif de montrer qu'aucun profit ne peut être tiré de leur existence pour justifier l'autonomisation patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle.

A. La succession faisant l'objet d'une acceptation à concurrence de l'actif net

398. Depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net a remplacé l'ancienne acceptation bénéficiaire. Son régime résulte, actuellement des articles 787 à 803 du Code civil. Il s'agit d'une procédure plus souple qui permettra de régler plus rapidement la succession. Son effet principal est de conférer à l'héritier l'avantage d'éviter la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession (article 791 du Code civil, ancien article 802). Selon l'expression de VIALLETON, la barrière entre les deux patrimoines est hermétiquement close. D'une part, conformément à une conception objectiviste de l'obligation, il y a une relation de patrimoine à patrimoine. Ainsi, l'article 791 susvisé prévoit expressément que l'héritier a l'avantage de conserver contre la succession tous les droits qu'il avait antérieurement sur les biens du défunt¹⁵¹⁶. Cet article est complété par d'autres dispositions : l'article 1251 du Code civil prévoit que l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession bénéficie de plein droit de la subrogation personnelle. D'autre part, il s'agit d'une institution

¹⁵¹⁴ Pour l'indivision, V. J.-G. RAFFRAY et J.-P. SENECHAL, « *Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision* » : JCP N 1985, I, 130, n° 71 : tout en considérant l'indivision comme un petit patrimoine sans personnalité morale, ces auteurs nient que l'indivision constitue un véritable patrimoine.

¹⁵¹⁵ J. P. VERSCHAVE, « *Essai sur le principe de l'unicité du patrimoine* », thèse, Lille, 1984, n° 4, p 13.

¹⁵¹⁶ Les ayants cause ne peuvent pas évincer l'héritier des droits propres qu'il avait contre le défunt. Ainsi, le successeur est à l'abri de l'exception de garantie que les ayants cause auraient pu l'invoquer contre le défunt. Dès lors, de fait qu'il exerce un droit personnel, il n'est pas lié par les obligations du défunt. Notamment, le créancier de la succession et débiteur de l'héritier, ne peut pas invoquer contre ce dernier l'exception de compensation (M. GRIMALDI, « *Droit civil Successions* », Litec, 6^e éd., 2001, n° 586, p. 571. - D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* ». LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, p. 262). De même, le successeur qui était titulaire d'un droit réel - servitude ou hypothèque- sur un bien du *de cuius* conserve son droit

d'équilibre¹⁵¹⁷ impliquant une distinction nette entre deux groupes de créanciers et, par conséquent, le gage de chaque groupe se trouve cantonné : celui des créanciers personnels à l'actif personnel ; celui des créanciers héréditaires à l'actif successoral. Plus clairement, l'obligation de l'héritier au passif est *intra vires successionis*, c'est-à-dire qu'il a l'avantage de n'être tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis.

399. L'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net entraîne toutefois certains effets pervers et contradictoires. En effet, malgré l'apparente confirmation de la thèse objectiviste de l'obligation, le droit positif est loin de tirer toutes les conséquences découlant logiquement de cette théorie¹⁵¹⁸. Selon M. GRIMALDI, « *il serait parfois déraisonnable d'aller jusqu'au bout de la logique de l'autonomie des patrimoines. Ces deux patrimoines ont en effet un même titulaire. C'est ainsi qu'il serait inutilement onéreux de contraindre l'héritier à s'adresser à lui-même les actes nécessaires pour interrompre la prescription des créances qu'il a contre la succession. Ainsi son acceptation la suspend-elle de plein droit* »¹⁵¹⁹. Le même auteur ajoute que, « *s'agissant des créances qu'a la succession contre lui, leur prescription n'est point suspendue, mais en sa qualité de successeur bénéficiaire, s'il néglige de les recouvrer il engage sa responsabilité personnelle : ce qui le met de facto dans l'impossibilité de se prévaloir de la prescription* ». Selon D. HIEZ, « *cette solution est contraire à l'idée selon laquelle c'est le patrimoine qui serait créancier de celui du défunt, car si tel était le cas il n'y aurait aucune raison de ne pas faire jouer les règles de prescription* »¹⁵²⁰.

Par ailleurs, contrairement à une solution largement admise, selon laquelle l'isolement des patrimoines résultant de l'acceptation bénéficiaire permet à l'héritier d'acquérir de nouveaux droits contre la succession¹⁵²¹, la chambre sociale de la Cour

¹⁵¹⁷ M. GRIMALDI, « *Droit civil Successions* », Litec, 6^e éd., 2001, n° 619, p. 604 : encore cet équilibre ne doit pas masquer le préjudice économique que l'acceptation bénéficiaire cause malgré tout aux créanciers successoraux. Une telle acceptation signifie souvent que la succession est insolvable (sauf pour l'héritier incapable)...c'est seulement en cas d'insolvabilité de la succession et du successeur que chacune de deux catégories de créanciers peut avoir un intérêt à ne pas partager avec l'autre ce qui ne lui suffit pas pour elle seule. Encore faut-il compter avec les degrés respectifs d'insolvabilité de la succession et du successeur bénéficiaire. -L'acceptation à concurrence de l'actif net constitue en outre la seule forme d'acceptation par le tuteur en l'absence de conseil de famille (En effet, le conseil de famille peut autoriser l'acceptation pure et simple lorsque l'actif dépasse manifestement le passif.) autorisée s'agissant d'incapables mineurs non émancipés ou majeurs (article 461 et 495 du Code civil relatifs au majeur sous tutelle).

¹⁵¹⁸ D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* ». LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 400, p. 262 et p. 263: si l'acceptation bénéficiaire constitue assurément une atteinte à la théorie classique du patrimoine, elle n'est pas, pour autant, conforme à la théorie du patrimoine d'affectation.

¹⁵¹⁹ M. GRIMALDI, « *Droit civil Successions* », Litec, 6^e éd., 2001, n° 586, p. 569.

¹⁵²⁰ D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, p. 263.

¹⁵²¹ Cass. civ., 15 juillet 1924 : D. 1926, p. 127. - Cass. civ., 1^{ère}, 1 janvier 1988: Bull. civ., n° 7.

de cassation a déclaré en des termes très généraux¹⁵²² que « si le bénéficiaire d'inventaire permettait (à l'héritier) de réclamer le paiement des créances nées avant le décès du de cujus, il ne pouvait plus acquérir de nouveaux droits contre la succession du fait qu'il l'avait acceptée »¹⁵²³. Pourtant, une conciliation est envisagée par la doctrine entre les deux thèses en se plaçant sur le terrain de la protection des biens de la succession et donc des créanciers héréditaires : l'héritier peut acquérir des droits véritablement nouveaux dans la mesure où ceux-ci profitent à la succession ou, tout au moins, ne lui causent aucun préjudice. Pour cette doctrine, il est préférable de se placer sur le terrain de la responsabilité du successeur bénéficiaire plutôt que sur celui de son aptitude à acquérir des droits contre la succession¹⁵²⁴, ce qui limite une prétendue distinction nette entre les biens de l'héritier et ceux objet du bénéficiaire d'inventaire¹⁵²⁵.

400. En tout cas, si l'acceptation à concurrence de l'actif net apporte une exception au principe de l'unicité du patrimoine, elle est justifiée par le respect des conditions de dérogation imposées par les auteurs classiques.

Tout d'abord, l'option de l'héritier est fondée sur une corrélation essentielle entre l'étendue des pouvoirs et l'étendue de l'obligation. En effet, l'acceptation pure et simple n'obéit à aucun formalisme. En revanche, l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net emporte une restriction au pouvoir de l'acceptant tendant à neutraliser les risques que peuvent encourir les créanciers. Ces restrictions se manifestent tant dans les formalités d'exercice de l'option que durant la période de liquidation. Spécialement, durant la période de liquidation, l'article 800 du Code civil précise que l'héritier tient le compte de son administration, des créances qu'il paye et des actes qui engagent les biens recueillis ou qui affectent leur valeur. Le compte permet de contrôler sa gestion et de déceler toute confusion qu'il aurait laissé se réaliser à son profit entre les biens successoraux et les siens. De même, les fautes graves que l'héritier commet à l'occasion de l'administration de la succession, notamment sa négligence, entraînent sa responsabilité personnelle à l'égard des créanciers et des légataires. Plus précisément, la loi sanctionne tout comportement fautif du successeur (son excès de pouvoir, son refus de rendre compte) par la déchéance du bénéfice de l'acceptation à concurrence de l'actif net¹⁵²⁶.

En outre, si l'autonomie des deux patrimoines justifie des relations juridiques entre l'un et l'autre, elle ne saurait conduire à un dédoublement de la personnalité de

¹⁵²² M. GRIMALDI, « *Droit civil Successions* », Litec, 6^e éd., 2001, p. 570, n° 585.

¹⁵²³ Cass. soc., 14 octobre 1982 : D. 1984, p. 46, note F. DERRIDA.

¹⁵²⁴ M. GRIMALDI, « *Droit civil Successions* », 6^e éd., Litec, 2001, p. 571, n° 585

¹⁵²⁵ D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* ». LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, n° 400, p. 263.

¹⁵²⁶ De même, selon l'article 800 al. 4, l'héritier qui a omis, sciemment et de mauvaise foi, de comprendre dans l'inventaire des éléments actifs ou passifs de la succession ou qui n'a pas affecté au paiement des créanciers de la succession la valeur des biens conservés ou le prix des biens aliénés est déchu de l'acceptation à concurrence de l'actif net.

leur unique titulaire, au point que ce dernier devrait, pour leur gestion, dialoguer avec lui-même¹⁵²⁷. L'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net peut engendrer des effets radicaux et absurdes, mais ces effets deviennent limpides si l'on considère sa finalité ou sa fonction liquidative fondée sur la protection de tous les intérêts en présence : ceux de l'héritier et des créanciers. De plus, cette universalité ne correspond pas vraiment à une affectation spécifique, mais elle tire plutôt son unité de son origine et concerne la liquidation du patrimoine et non sa constitution¹⁵²⁸. Elle a vocation à disparaître en se fondant parmi les biens de l'héritier même si de nombreuses règles conduisent au maintien de son individualité pendant une période plus ou moins longue¹⁵²⁹. Il s'agit donc d'une affectation essentiellement provisoire qui a pour seul effet de retarder la confusion de deux patrimoines, et un fois les créanciers successoraux payés, le patrimoine du *de cuius* se fond dans le patrimoine personnel de l'héritier qui ne doit avoir qu'un seul patrimoine.

401. Dans ces conditions, l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net peut, à la rigueur, servir d'argument à la société devenue unipersonnelle du fait de la réunion de toutes les parts ou actions dans une seule main, mais certainement pas à la constitution d'une société par une seule personne.

B. La fortune de mer

402. L'expression « *fortune de mer* » désigne traditionnellement deux réalités juridiques distinctes¹⁵³⁰.

D'une part, l'expression désigne le patrimoine distinct, constitué d'un ensemble de biens corporels et incorporels, destiné par son propriétaire ou armateur à l'exploitation d'un ou plusieurs navires et affecté, dans cette limite exclusive, à la garantie des créanciers de l'expédition maritime¹⁵³¹. Ainsi, le patrimoine, constitué par le navire et son fret, peut faire l'objet de privilèges et d'hypothèque comme un patrimoine terrestre, de même que son propriétaire peut limiter sa responsabilité. L'autonomie patrimoniale résulte principalement du particularisme du navire qui est comparé à une personne morale en raison des similitudes qui lui sont conférées : nom, classe sociale (plaisance, commerce, défense), domicile (port d'immatriculation) et nationalité. On y trouve l'autonomie du patrimoine de mer par rapport au

¹⁵²⁷ M. GRIMALDI, « *Droit civil Successions* », 6^e éd., Litec, 2001, p. 569, n° 586

¹⁵²⁸ F. H. SPETH, « *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne* », thèse, Paris, 1957, éd. LGDJ-Descoer, Paris-Liège, 1958, préface. M. PHILONENKO, p. XXI.

¹⁵²⁹ D. HIEZ, « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* ». LGDJ., 2003, Préface Ph. JESTAZ, p. 149.

¹⁵³⁰ <http://www.universalis.fr/encyclopedie/fortune-de-mer/>

¹⁵³¹ <http://www.universalis.fr/encyclopedie/fortune-de-mer/>

patrimoine général¹⁵³².

D'autre part, l'expression fortune de mer désigne les risques propres à la navigation maritime survenus pendant un voyage maritime, depuis le simple retard jusqu'à la perte corps et biens (navire et cargaison) ou perte totale. C'est ce qu'on appelle communément événement de mer¹⁵³³. Ainsi, dans ce domaine, la spécificité des opérations et le risque particulier du transport maritime ont conduit à l'élaboration d'un régime particulier impliquant une limitation de la responsabilité du propriétaire d'un navire.

403. Cette limitation de responsabilité a été fondée, d'abord, sur un droit d'abandon qui permettait au propriétaire, en vertu de l'ancien article 216 du Code de commerce, de s'affranchir de sa responsabilité en abandonnant aux créanciers le navire et le fret dans l'état où ils se trouvaient à la fin du voyage au cours duquel le dommage s'était produit. Le droit d'abandon s'expliquait par l'acceptation des risques liés à l'activité du navire par les créanciers. Ceux-ci acceptaient donc le risque de ne pas obtenir une réparation totale du préjudice subi et ne pouvaient plus poursuivre l'armateur en vertu de l'ancien article 2092 du Code civil. En outre, la limitation de responsabilité peut se fonder également sur l'impossibilité des assurances de faire face à une réparation illimitée due par les exploitations de navires¹⁵³⁴. Cependant, la loi n°67-5 du 3 janvier 1967 relative au statut des navires et autres bâtiments de mer a supprimé le système de l'abandon en nature du navire et de son fret pour instaurer le système du fonds de limitation qui constituera le seul gage des créanciers concernés. Ce système fixe un montant maximum à l'indemnisation, ne correspondant pas nécessairement à la valeur du navire et du fret, mais en contrepartie le fonds est affecté aux seuls créanciers dont les créances ont leur origine dans le même événement de mer. La convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes a élargi le champ des personnes bénéficiaires de la limitation qui inclura désormais non seulement tout exploitant du navire (propriétaire, affréteur, armateur et armateur-gérant) mais également l'assistant et l'assureur (article 1-3)¹⁵³⁵. Cette

¹⁵³² J. AUSSÉDAT, « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation » : Rév. sociétés 1974. p. 237 et s. – J.-Cl. GOURGUES, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée » : JCP., éd., C.I., 1980, II, 13258, p. 169.

¹⁵³³ <http://www.universalis.fr/encyclopedie/fortune-de-mer/>

¹⁵³⁴ A. VIALARD, « Droit maritime », Paris, PUF, 1997, n° 148, p. 125 et s : la limitation de responsabilité est une condition de l'« assurabilité », sans laquelle il n'y a pas de commerce maritime possible.

¹⁵³⁵ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, « Traité de droit maritime », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010, n° 420, p. 290 : la limitation de responsabilité n'est pas uniquement organisée autour de la notion de risque de mer, mais autour de celle d'exploitation du navire. Cela justifie que tous ce qui participent à cette exploitation en bénéficient. – I. CORBIER, « La notion juridique d'armateur », Paris, PUF, 1999, p. 80 : en élargissant ainsi les bénéficiaires de la limitation de responsabilité, l'institution se trouve définitivement détachée de la théorie de fortune de mer.

convention traduit un changement dans le fondement de la limitation de responsabilité car ce n'est plus à l'armateur que la limitation s'applique, mais à des créances¹⁵³⁶. Il n'est donc plus possible de faire référence à la fortune de mer pour fonder la responsabilité limitée mais seulement aux risques particuliers de la mer¹⁵³⁷. Cette convention de 1976 a en outre augmenté le montant du fonds de limitation. Ce montant a été augmenté à nouveau par le protocole du 2 mai 1996 entré en vigueur le 25 juillet 2007. De même, les rédacteurs du protocole ont mis en place une procédure simplifiée de modification des montants de limitation pouvant permettre une augmentation de 6% par an mais un délai de cinq ans doit être respecté entre deux augmentations¹⁵³⁸.

La convention autorise tout État à prévoir dans sa législation que le droit à limitation ne peut être invoqué en l'absence de constitution d'un fonds de limitation, mais tel n'est pas le cas de la France. Cependant, il convient de préciser deux choses.

D'une part, il s'agit d'une stratégie dangereuse puisque, dans la pratique, un armateur n'invoquera son droit à limitation sans constituer de fonds que s'il est en présence d'un créancier unique (un autre armateur dont le navire a été endommagé, ou le chargeur d'une cargaison complète ayant subi d'importantes avaries). En effet, un autre juge saisi par un autre créancier peut juger autrement de sorte que l'armateur, qui a indemnisé le premier créancier à hauteur du fonds, peut être alors condamné à indemniser intégralement le second¹⁵³⁹.

D'autre part, autoriser l'exception de limitation sans constituer de fonds suscite d'importantes critiques, ce qui est à l'origine de la directive européenne du 23 mai 2009 qui prévoit l'obligation pour tout État d'exiger des propriétaires de navire battant pavillon qu'il souscrive une assurance de responsabilité couvrant les navires en question à hauteur des créances maritimes soumises à la limitation au titre de la convention de 1996¹⁵⁴⁰.

404. En outre, les deux patrimoines, terrestre et maritime, ne sont pas totalement étanches puisque la limitation ne joue normalement que pour les créances nées de l'exploitation d'un navire, de sorte qu'un créancier terrestre peut saisir le

¹⁵³⁶ I. CORBIER, « *La notion juridique d'armateur* », Paris, PUF, 1999, p. 79 et s. p. 84.

¹⁵³⁷ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, « *Traité de droit maritime* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010, n° 405, p. 279.

¹⁵³⁸ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, « *Traité de droit maritime* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010, n° 442, p. 309.

¹⁵³⁹ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, « *Traité de droit maritime* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010, n° 435, p. 318 ; V. également Ibid., p. 303 : la limitation de responsabilité ne s'applique pas de plein droit. Dans le principe, l'obligation de l'armateur demeure entière. Pour bénéficier de cette limitation l'armateur doit, dans tous les cas, invoquer le bénéfice de la limitation et, dans la plupart des cas, constituer un fonds de limitation.

¹⁵⁴⁰ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, « *Traité de droit maritime* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010, n° 454, p. 320. – Cette obligation est actuellement respectée par la France : article L. 5123-1 du Code des transports.

navire. De même, la limitation concerne les créances de responsabilité et ne joue pas à l'égard des dettes de sommes d'argent nées de contrat d'achats de matériel, vivres, etc., ou de contrats de fournitures de services conclus par le capitaine. L'armateur dont le capitaine a engagé des dépenses somptuaires ne peut plus aujourd'hui limiter ses engagements, comme il le pouvait jadis en faisant abandon du navire¹⁵⁴¹. De même encore, certaines créances de responsabilité sont exclues par la loi de 1967 de la limitation pour des raisons d'ordre social : tel est le cas des créances des marins ou de toute personne employée à bord en vertu d'un contrat de travail¹⁵⁴².

405. Le patrimoine de mer a certes été souvent invoqué pour justifier la reconnaissance de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle. Le groupe de travail présidé par Cl. CHAMPAUD¹⁵⁴³ avait ainsi proposé de créer une entreprise personnelle à responsabilité limitée fondée sur un patrimoine affecté avec constitution d'un fonds de garantie destiné aux créanciers de l'entreprise. Ce système n'a cependant pas été adopté. Dans cet ordre d'idée, la fortune de mer ne peut pas constituer un argument en faveur de l'autonomie patrimoniale de la société unipersonnelle (ou de l'EIRL) puisque, outre l'individualisation du navire qui est comparable à une personne morale, pour chaque événement de mer, un fonds de limitation dont le montant n'a pas cessé d'augmenter permet de désintéresser les créanciers. De même, outre le fait qu'il s'agit d'une activité indispensable à l'intérêt général¹⁵⁴⁴, le commerce maritime est une chose périlleuse qui met en œuvre des capitaux considérables, à la différence de ce que prévoit le régime des sociétés unipersonnelles, qui est essentiellement conçu pour des entreprises de subsistance et réduit au minimum le montant du capital social.

C. La fiducie

406. Malgré les critiques suscitées par la fiducie, notamment la fiducie gestion qui engendre certains risques tels le blanchissement de l'argent sale et l'évasion fiscale, les arguments favorables étaient plus décisifs et la fiducie a été finalement introduite en France par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Il s'agit d'un transfert temporaire de propriété permettant une gestion efficace des biens. Elle est connue de longue date sous la forme du trust et adoptée par les plupart des droits étrangers soit dans cette version anglo-américaine soit dans la version civiliste de fiducie. Elle

¹⁵⁴¹ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, « *Traité de droit maritime* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010, n° 414, p. 284 et s.

¹⁵⁴² P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, « *Traité de droit maritime* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010, n° 417, p. 288.

¹⁵⁴³ *Rapport du groupe d'étude, présidé par Cl. CHAMPAUD, chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL (Entreprise personnelle à responsabilité limitée) en droit français*, in RTD com., 1979, p. 579.

¹⁵⁴⁴ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, « *Traité de droit maritime* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010, n° 405, p. 279.

permet notamment de favoriser les investissements étrangers et la compétitivité économique.

L'article 2011 du Code civil la définit comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents et futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». En tout cas, la fiducie à la française, institution connue du droit romain mais plutôt inspirée du trust anglais¹⁵⁴⁵, porte atteinte au principe d'unicité du patrimoine puisque le fiduciaire est titulaire d'au moins deux patrimoines, à savoir son patrimoine propre et le patrimoine fiduciaire qui regroupe certains biens soumis à une affectation commune et gérés dans un dessein particulier, gestion ou garantie. Plus clairement, il s'agit d'un patrimoine autonome qui n'est plus celui du constituant mais qui ne se confond pas davantage avec celui du fiduciaire.

407. Malgré cela, il s'agit aussi d'une institution défavorisant l'autonomie patrimoniale telle qu'elle est conçue à travers la technique de la société unipersonnelle (et les mêmes remarques valent pour l'EIRL).

En premier lieu, les deux institutions ne peuvent pas être mises à égalité puisque la fiducie est un contrat solennel qui devient irrévocable par l'acceptation du bénéficiaire. Le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord, ce qui constitue une application du mécanisme de la stipulation pour autrui, ou par décision de justice.

En deuxième lieu, il existe un contrôle efficace de cette séparation des patrimoines, inconnu dans la technique de la société unipersonnelle, grâce à la séparation entre la gestion et le contrôle. Tout d'abord, à la différence du gérant non associé de la société unipersonnelle, le fiduciaire est un tiers véritablement indépendant du constituant. Il doit être un professionnel de la gestion du patrimoine d'autrui, particulièrement un organisme financier tel qu'un établissement de crédit, un établissement ou service autorisé à effectuer des opérations de banque, une entreprise d'investissement ou une entreprise du secteur de la banque ou de

¹⁵⁴⁵ Le trust anglo-saxon ne réalise pas un véritable transfert de droit de propriété. Il superpose deux droits de propriété distincts sur les biens objet du trust : le trustee (fiduciaire) acquiert sur ces biens un droit de propriété au titre de la common law (legal ownership) et le beneficiary (bénéficiaire) acquiert, par l'effet du trust, un droit de propriété en équité (equitable ownership). Toutefois, la fiducie à la française n'a pas importée tel quel le trust anglo-saxon, très marqué par l'empreinte de la common law qui est très éloignée du système juridique français, telle qu'issue du droit romain. En revanche, le droit romain qui a développé, trois types de fiducie : fiducie gestion (*fiducia cum amico*), la fiducie transmission et la fiducie-sûreté (*fiducia cum creditore*). Mais en droit romain, il n'existait aucune séparation entre le patrimoine personnel du fiduciaire et les biens transférés au titre de fiducie. En conséquence, le constituant courait le risque de perdre les biens fiduciaire. D'une part, les créanciers personnels du fiduciaire pouvaient saisir ces biens. D'autre part, en cas de décès du fiduciaire, ces biens faisaient partie de sa succession : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Droit des sûretés », Sirey 2^e éd., 2010, n° 1879 et 1281, p. 345 et s.

l'assurance ou un avocat¹⁵⁴⁶). « Ces divers établissements présentent des garanties réelles en termes de solvabilité, mais aussi de compétence de gestion de patrimoine. De plus dans la mesure où ces organismes financiers sont soumis à de stricts contrôles, le risque que la fiducie ne favorise le blanchissement de capitaux se trouve essentiellement écarté »¹⁵⁴⁷. Ensuite, le contrat doit, à peine de nullité, comporter différentes mentions¹⁵⁴⁸ qui devraient permettre aux autorités publiques (l'administration fiscale et le juge le cas échéant) d'assurer un réel contrôle et de déceler d'éventuelles manœuvres frauduleuses. Enfin, la fiducie tempère singulièrement deux caractères fondamentaux du droit de propriété¹⁵⁴⁹. Non seulement elle est limitée dans sa durée mais encore elle déroge au caractère absolu du droit de propriété. Il en résulte que la fiducie n'emporte pas création d'un véritable droit réel nouveau au profit du fiduciaire¹⁵⁵⁰ puisque c'est le constituant qui a la haute main sur le contrat¹⁵⁵¹ et que c'est lui qui décide des droits, obligations et pouvoirs du fiduciaire. Le constituant peut ainsi empêcher le fiduciaire de disposer des biens fiduciaires et peut conserver un certain nombre de prérogatives sur les biens et droits transférés, notamment l'usage et la jouissance grâce à un

¹⁵⁴⁶ Dans l'objectif de faire respecter les obligation incombant aux fiduciaire, notamment celles relatives à la lutte contre le blanchissement de capitaux et le financement des activités terroristes, l'ordonnance du 30 janvier 2009, l'avocat se trouve, vis-à-vis des autorités du contrôle, délié du secret professionnel. la réglementation spécifique à l'activité fiduciaire prime donc, en la matière, à compter de la conclusion du contrat du fiducie : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « *Droit des sûretés* », Sirey 2^e éd., 2010, n° 1300, p. 354.

¹⁵⁴⁷ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « *Droit des sûretés* », Sirey 2^e éd., 2010, n° 1300, p. 353.

¹⁵⁴⁸ Ces mentions *ad validitatem* porte sur l'assiette du transfert de propriété (les biens, droits ou sûretés transférés), la durée du transfert de propriété (cette durée ne peut pas excéder 99 ans), l'identité des parties à l'opération, la mission du ou des fiduciaires et l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition qui en sont confiés.

¹⁵⁴⁹ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « *Droit des sûretés* », Sirey 2^e éd., 2010, n° 1280, p. 345 et s.

¹⁵⁵⁰ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « *Droit des sûretés* », Sirey 2^e éd., 2010, n° 1280, p. 345 et s : la fiducie n'intéresse donc pas directement la prétendue règle du *numerus clausus* des droits réels.

¹⁵⁵¹ R. LIBCHABER, « *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007* » : Defrénois 2007, art. 38631, p. 38639 : selon cet auteur la fiducie n'emporte pas transfert de propriété mais la constitution d'un droit réel sur le bien d'autrui. – V. également, J.-P. DOM, « *Fiducie gestion et contrat de société* » : Rev. Sociétés 2007, p. 481 : la première conséquence de l'existence du patrimoine d'affectation fiduciaire est comptable. Toutefois, selon cet auteur, ce serait probablement commettre une grave erreur que de penser que le chiffre fait la loi : contrairement au transfert économique, le transfert juridique de propriété reste, dans son principe, des plus douteux. Dans la société personne morale, hormis les apports en industrie, les biens affectés juridiquement au patrimoine de l'entreprise. La comptabilité suit. Or, contrairement à l'apport en société qui s'opère dans sa plénitude, le transfert fiduciaire opère principalement de façon comptable, prenant en considération le simple changement du contrôle des biens affectés et délaissant la question d'un changement de propriété. Toutefois, le transfert d'une comptabilité à une autre n'est pas nécessairement le reflet d'un transfert de propriété. Les principes comptables dans leur logique contemporaine, se préoccupent plus de questions de pouvoir que d'avoir. Plus clairement, d'un point de vue comptable, l'existence d'un pouvoir et/ou de risque économique prime sur la propriété. Le transfert fiduciaire est comptabilisé, mais au plan civil, le législateur ayant manqué de pédagogie, ses conséquence ne sont pas maîtrisées.

contrat de mise à disposition. C'est aussi le constituant qui peut éteindre le contrat de fiducie par révocation. L'article 2017 du Code civil prévoit en outre la possibilité pour le constituant de désigner, à tout moment, un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. De même, en vue de conforter cette protection, la loi du 30 janvier 2009 a interdit au constituant personne physiques, réputé faible, de renoncer à la faculté de désigner un tiers protecteur (alinéa 2 du même article). Corrélativement, comme le mandataire, le fiduciaire doit rendre compte de sa gestion au constituant selon les conditions prévues au contrat de fiducie, et de même au bénéficiaire s'il en fait la demande (article 2022 du Code civil). Au surplus, dans certaines conditions (si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire), le constituant ou le bénéficiaire peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter son remplacement. Enfin, le fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses missions (article 2026 du Code civil).

408. En troisième lieu, et tout particulièrement, c'est le constituant qui demeure redevable des impôts afférents aux biens et droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, ce qui assure la neutralité fiscale et interdit d'utiliser la fiducie comme un instrument d'optimisation ou d'évasion fiscale, et c'est également le constituant qui vient suppléer les insuffisances du patrimoine fiduciaire¹⁵⁵². Il existe certes un patrimoine d'affectation puisque les créanciers personnels du constituant ou du fiduciaire ne peuvent exiger le paiement de leurs créances en saisissant le patrimoine fiduciaire¹⁵⁵³. Cependant, les créanciers du patrimoine fiduciaire ne peuvent se tourner vers le patrimoine personnel du constituant que si l'actif fiduciaire s'est révélé insuffisant. Cela signifie, corrélativement, que les créanciers du patrimoine fiduciaire disposent d'un droit subsidiaire sur le patrimoine personnel du constituant, ce qui est directement contraire à l'étanchéité des patrimoines consécutive à la création d'un patrimoine d'affectation. Selon les deux derniers alinéas de l'article 2025 du Code civil « *En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée* ». En pratique, le fiduciaire refusera systématiquement d'être tenu des dettes

¹⁵⁵² R. LIBCHABER, « *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007* » : Defrénois 2007, art. 38631, p. 38639.

¹⁵⁵³ M. BOURASSIN, V. BRÉMONDM et M-N. JOBARD-BACHELLIER, « *Droit des sûretés* », Sirey 2^e éd., 2010, n° 1311, p. 361 : cela explique que le fiduciaire répond de ses fautes de gestion sur son patrimoine propre et non sur le patrimoine fiduciaire. Cela explique également que les procédures collectives ouvertes au bénéfice du fiduciaire n'affectent pas les biens remis en fiducie.

liées à une activité particulière pour le compte d'autrui, ce qui est logique au regard de la fiducie prise comme technique juridique de financement¹⁵⁵⁴. Il s'ensuit que c'est le constituant qui devra négocier la limitation de son obligation au passif fiduciaire avec ses partenaires financiers. Mais il est difficile d'imaginer que les créanciers acceptent une telle restriction à leur droit de poursuite. Par conséquent, le patrimoine personnel du fiduciaire risque fort de supporter le recouvrement des créances nées de la gestion et de la conservation du patrimoine fiduciaire¹⁵⁵⁵.

409. En fin de compte, la fiducie ne peut être d'aucun secours pour justifier la limitation de responsabilité dans la société unipersonnelle (ou même dans l'EIRL). La séparation entre propriété et gestion doublée d'un contrôle efficace du fiduciaire est la caractéristique essentielle de la fiducie. Il s'agit, sans être identique¹⁵⁵⁶, d'une institution comparable à la société pluripersonnelle où le dirigeant, qui dispose des pouvoirs les plus étendus pour la gestion, est soumis au contrôle de l'organe souverain qu'est l'assemblée générale ou d'un organe extérieur comme le commissaire aux comptes qui agit dans l'intérêt des associés. En revanche, la fiducie ne ressemble guère à la société unipersonnelle (ni à l'EIRL), surtout lorsque la fonction de gérant est exercée par l'associé unique lui-même. En effet, le principal obstacle à la reconnaissance de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle réside dans cette absence totale de séparation entre pouvoir et propriété. Aussi bien, même lorsque la gérance de la société unipersonnelle est confiée à un tiers, celui-ci demeure dépendant de l'associé unique ce qui ne permet pas d'apercevoir une véritable séparation entre gestion et propriété. En revanche, la gestion du patrimoine fiduciaire est confiée à un tiers véritablement indépendant du constituant et qui est un expert dans la gestion du patrimoine d'autrui reconnu légalement. Plus particulièrement, la perméabilité du patrimoine fiduciaire vide par conséquent de son utilité première pour l'entrepreneur-constituant la protection de son patrimoine via la technique de fiducie. La fiducie apparaît dès lors comme un argument défavorable à la reconnaissance de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

410. Avant de conclure, il faut encore relever que le cas de la fondation n'est pas davantage de nature à favoriser l'autonomie patrimoniale à travers la société unipersonnelle (ou via l'adoption du statut de l'EIRL). La constitution d'une

¹⁵⁵⁴ F. ROUSSEL, M.-Ch. LARCHER, O. HOAREAU et A. DOBIGNYU, « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) » : JCP E 2008, n° 2199, p. 9 et JCP N 2008 n° 1282, p. 29.

¹⁵⁵⁵ M. BOURASSIN, V. BRÉMONDM et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Droit des sûretés », Sirey 2^e éd., 2010, n° 1315, p. 362. – X. BOUTIRON, « La fiducie, technique de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? » : Dr. et patrimoine, mars 2010, n° 190, p. 60. – F. ROUSSEL, « Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté : le regard de l'entrepreneur » : JCP N 2009, n° 52,1361.

¹⁵⁵⁶ Pour la comparaison entre fiducie gestion et contrat de société, V. notamment : J.-P. DOM, « Fiducie gestion et contrat de société » : Rev. sociétés 2007, p. 481.

fondation n'autorise pas une personne à se constituer un second patrimoine à partir de certains éléments de son patrimoine d'origine. De même, l'acte d'affectation est irrévocable et sa cause consiste précisément dans la perpétuité de l'œuvre¹⁵⁵⁷ ce qui constitue une garantie efficace du respect de l'autonomie patrimoniale qui est, en tout état de cause, un attribut de sa personnalité morale. De même encore, le contrôle administratif qui aboutit à la reconnaissance d'utilité publique ne laissera jamais accéder à la vie juridique une fondation causée par une charge illicite ou immorale¹⁵⁵⁸. Enfin, le risque de voir constituer des fondations classiques ou des fondations d'entreprise fictives est illusoire compte tenu de l'objet et du but de la fondation (but non lucratif). Il s'ensuit que la fondation constitue également un argument défavorable à la reconnaissance de l'autonomie patrimoniale dans la société unipersonnelle.

411. En fin de compte, sous la pression de la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel, l'étude de la notion de patrimoine prend une allure quelque peu spéculative. Ainsi, l'étude de l'évolution de la théorie du patrimoine et des différents patrimoines d'affectation a permis de constater la faiblesse de la notion du patrimoine d'affectation spécialisé en droit positif. Corrélativement, cela explique la force du principe d'unicité du patrimoine et son application notamment à l'entreprise unipersonnelle. Il est vrai que la société unipersonnelle constitue une technique de réalisation d'un patrimoine d'affectation spécialisé, mais il s'agit d'une structure patrimoniale, techniquement, inefficace et difficilement réalisable dans la pratique. Plus précisément, la société unipersonnelle (comme d'ailleurs le statut de l'EIRL), constitue une exception au principe d'unicité du patrimoine sans fournir des justifications juridiques ou économiques valables. Sous cette optique, l'affirmation du principe de l'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle doit logiquement précéder la remise en cause de la structure patrimoniale de la société unipersonnelle.

Titre I : Le principe de l'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle

Titre II : La remise en cause de la structure patrimoniale de la société unipersonnelle

¹⁵⁵⁷ R. CLEMENS, « *Personnalité morale et personnalité juridique* », thèse, op. cit., p. 225 : le fondateur ne fait pas uniquement un acte de bienfaisance individuelle, il veut perpétuer sa générosité

¹⁵⁵⁸ N. MATHEY, thèse, op. cit., n° 508, p. 222.

TITRE I. LE PRINCIPE DE L'ABSENCE D'AUTONOMIE PATRIMONIALE DE L'ENTREPRISE UNIPERSONNELLE

412. La notion d'entreprise subit la concurrence d'autres notions qui expriment juridiquement l'organisation de l'entreprise : la notion de société et la notion de fonds de commerce.

413. La société constitue, sans doute, la meilleure technique d'organisation patrimoniale de l'activité de l'entreprise. L'autonomie patrimoniale de la société est la conséquence du rattachement des éléments actifs et passifs à une personne juridique qui est la société. La société n'est pas l'entreprise. Il ne s'agit pas d'une distinction subtile mais d'une nécessaire précision du concept. La société acquiert l'aspect juridique de l'entrepreneur mais non celui de l'entreprise. Elle la possède, en est le titulaire, la dirige et l'administre sans s'identifier à elle¹⁵⁵⁹. En effet, même dans le cas où l'entreprise ou le fonds de commerce est le seul patrimoine de la société, il n'existe pas d'autonomie patrimoniale de l'entreprise. Si les créanciers sont payés par préférence, c'est parce qu'ils sont les seuls créanciers. Autrement dit, la société, en tant que personne morale, est dotée d'un patrimoine et tant sa personnalité que son patrimoine s'interposent entre les droits des créanciers et la personne et le patrimoine des associés.

414. La notion de fonds de commerce, en revanche, est souvent considérée comme incertaine ou artificielle¹⁵⁶⁰, de même que sa définition est fréquemment dénoncée comme manquant de précision. Malgré cela, doctrine et jurisprudence considèrent qu'il est une universalité mobilière de nature incorporelle, distincte des éléments qui la composent. Le droit distingue le fonds de commerce des autres biens du commerçant, mais il est de principe constant que le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome¹⁵⁶¹.

415. Le fonds de commerce porte, en droit français, la marque de ses origines. Au début du XIX^e siècle, le Code de commerce ne connaît que les commerçants, c'est-à-dire « *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* », (article 1^{er}). Quant aux textes relatifs au fonds de commerce, qui n'apparaissent qu'à la fin du même siècle, ils ne concernent qu'une modeste mesure de publicité destinée à assurer la sécurité du nantissement et de la vente du fonds de commerce. Ces textes

¹⁵⁵⁹ G. RIPERT remarquait très justement que « *Le droit civil ne connaît pas l'entrepreneur; il ne connaît que le propriétaire* », c'est donc un propriétaire que le législateur crée en imaginant la société anonyme : G. RIPERT, « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », LGDJ., 1946, p. 28. - Voir aussi, Cl. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, « *L'entreprise et le droit commercial* », A. COLIN, Dossiers U2., p. 40.

¹⁵⁶⁰ P. LE FLOCH, « *Le fonds de commerce Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles* », LGDJ., 1986.

¹⁵⁶¹ Cass. civ., 31 octobre 1906, I, 528; Cass. civ., 26 janvier 1914: S. 1920, I, 27. - Cass. Req., 6 décembre 1938 : Gaz. Pal. 1939. I. 103. - Cass. Req. 22 février 1939 : D. P. 1940. I. 5, note G. RIPERT.

n'étaient donc pas l'aboutissement d'une réflexion sur le patrimoine de l'entreprise et visaient simplement à améliorer la sécurité du crédit¹⁵⁶². Encore cette consécration n'a-t-elle jamais été que partielle : il n'existe en la matière aucune réglementation d'ensemble et seuls sont régis par les textes certains éléments du fonds de commerce¹⁵⁶³.

416. Toutefois, certaines réflexions ont entrepris de faire apparaître une certaine reconnaissance de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle et, à l'appui de ses prétentions, la doctrine de l'entreprise, a tenté de faire évoluer la

¹⁵⁶² M. CLARIS, Ch. PISANI, « *Les métamorphoses du patrimoine de l'entreprise* », op. cit., p. 40.

¹⁵⁶³ **En premier lieu**, si le fonds de commerce n'est qu'un actif (un bien ou une chose), encore se pose le problème de la détermination de ses éléments et de leur cohésion. Le fonds de commerce est une réunion d'éléments corporels et incorporels énumérés par la loi de 1909 mais que cette liste n'est pas limitative - puisque l'article 1^{er} de la loi énonce encore les marchandises - et que la réunion de la totalité des éléments énoncés par la loi n'est pas obligatoire. La détermination des éléments actifs est fonction de l'élément fondateur qui est la clientèle. La qualification d'universalité mobilière exprime seulement l'indépendance entre le fonds de commerce et les éléments qui le composent mais elle ne permet pas de dégager les biens inclus impérativement dans cette universalité qui n'a pas de contenu fixe (G. RIPERT et R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1, Vol. 1, *Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence*, 18 éd. LGDJ., 2001, n° 528). La notion du fonds de commerce n'exprime pas une organisation patrimoniale de l'entreprise, car il ne comprend pas tous les éléments indispensables à l'activité commerciale. En effet, pour qu'une organisation patrimoniale de l'entreprise, sur le plan juridique, soit envisageable, celle-ci doit comprendre outre le fonds de commerce les immeubles mais aussi l'ensemble des droits réels immobiliers tels que l'usufruit ou les servitudes et s'étendre aux immobilisations par destination lorsque les conditions en sont remplies (M. CLARIS et Ch. PISANI et F. BOUCKAERT, « *Métamorphose du patrimoine de l'entreprise* », in *La transmission des entreprises*, 86e Congrès des notaires de France, 1990, p. 21.). Cette seule constatation permet de mesurer que, même sur le plan purement patrimonial, le fonds de commerce ne saurait être une entité juridique apte à traduire la notion économique d'entreprise (Y. LAMBERT-FAIVRE, « *L'entreprise et ses formes juridiques* » : RTD com. 1968, p. 907). Cela est d'autant plus vrai que les créances et les contrats sont, au moins, en principe, exclus, bien qu'ils soient indispensables à l'exercice de l'activité de l'entreprise. **En second lieu**, le fonds de commerce n'a pas non plus un passif propre (P. LE FLOCH, « *Le fonds de commerce Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles* », LGDJ., 1986, n° 88, p. 88, spécialement n° 58, p. 67 et s. - En sens contraire, S.-F. GRUNZWEIG, « *Le fonds de commerce et son passif propre* », LGDJ., 1938, n° 140, p. 150 et s.). Ainsi, les créanciers ont un droit personnel contre la personne du commerçant et non contre le fonds de commerce ou l'entreprise. L'article 9 de la loi de 1909 n'énumère les éléments constitutifs du fonds de commerce que pour décider s'ils sont susceptibles d'être compris dans le nantissement, ce qui implique nécessairement l'exclusion des dettes de la composition du fonds. « *Le principe même du nantissement implique d'affecter à la garantie des créanciers des valeurs exclusivement actives* » (M. CLARIS et Ch. PISANI et F. BOUCKAERT, « *Métamorphose du patrimoine de l'entreprise* », in *La transmission des entreprises*, 86e Congrès des notaires de France, 1990, p. 21. - P. LE FLOCH, « *Le fonds de commerce Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles* », LGDJ., 1986, n° 61, p. 69, l'article 9 retient le bail et les licences. Le texte mentionne le droit au bail dans la liste des éléments susceptibles de former l'assiette du nantissement. Le bail ainsi qu'un grand nombre de licences, s'analysent en des contrats qui accouplent des créances à des dettes. Cette solution est rejetée par l'auteur : le texte indique que c'est le droit au bail qui est vendu ou nanti, c'est-à-dire la partie active du contrat tout entier. Enfin, il faut remarquer que le terme « licence » désigne des droits très variés qui ne ressortissent pas tous au droit privé et dont la transmission n'entraîne parfois celle d'aucune dette corrélative).

notion de fonds de commerce¹⁵⁶⁴. Certains travaux doctrinaux opposent ainsi le concept de fonds de commerce en tant que notion statique à celui de l'entreprise en tant que notion dynamique. L'entreprise serait le fonds de commerce en activité, comme s'il était possible, disait un auteur, de concevoir un fonds de commerce sans activité¹⁵⁶⁵. C'est principalement M. DESPAX qui a voulu cerner, dans les branches du droit les plus diverses, l'apparition de l'entreprise, en tant qu'entité économiquement et patrimoniallement distincte de la personnalité de l'entrepreneur¹⁵⁶⁶. De même, pour saisir l'existence d'un patrimoine autonome de l'entreprise, on a fait référence à la protection de la continuité de l'entreprise en tant

¹⁵⁶⁴ G. RIPERT, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ., 1946, n° 119, p. 259 et s. – Travaux de l'association H. CAPITANT, T. III, session de Luxembourg, 1947, Rapport P. DURAND. – Travaux de l'association H. CAPITANT, T. IX, 1955, p. 149. – F. de SOLA CANIZARES, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », RTD com., 1948, p. 376. – M. SATANOWSKY, « Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce », RIDC., 1955, p. 726. – J.P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Essai sur la notion juridique d'exploitation », th. Paris, 1955. – F. SPETH, « La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne », LGDJ, 1958. – R. SAVATIER, « Avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce », in Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq, 1965, t. II, p. 901. – J. BEGUIN, in « Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises », 64^e Congrès des notaires de France, 1966, T. II., p. 235. – D. LAUGIER, « La mise en société de l'entreprise individuelle », Ibid., t. I, p. 19. – Cl. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, « L'entreprise et le droit commercial », A. COLIN, Dossiers U2. – Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'entreprise et ses formes juridiques » : RTD com., 1968, p. 907. – E. MASSIN, « La personnalité du fonds de commerce et de l'entreprise », Rec. Gén. Lois et Jurisp. 1971, p. 69. – J. AUSSÉDAT, « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation » : Rev. sociétés 1974, p. 221. – D. ALIBERT, « Recherche d'une technique juridique d'organisation de l'entreprise individuelle », thèse, Montpellier, 1978. – J. ALIBERT, « À la recherche d'une technique juridique pour l'entreprise individuelle », in Dix ans de droits de l'entreprise », Litec, 1978, p. 65 et s. – J. CALAIS-AULOY et J.-M. MOUSSERON, « Les biens de l'entreprise », Libr. Techn., p. 281. – A. SAYAG, « L'entreprise personnelle – critique et prospective », t. II, Libr. Techn. 1981. – B. GOLDMAIN, Rapport de synthèse au XV^e Congrès international du notariat latin, « L'entreprise et le droit », Revue du Conseil supérieur du Notariat, Journal Poste Congrès. – « Rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise », La documentation française, 1975. – G. LAMBERT, « Introduction à l'examen de la notion juridique de l'entreprise » Études offertes à P. KAYSER, 1979, tome II, p. 77. – N. CATALA, « L'entreprise », Dalloz 1980. – D. VIDAL, « Une analyse juridique de l'entreprise », Petites affiches 9 juillet 1986, n° 82 – B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », Mélanges DERRUPPÉ, 1991, 9. – G. FRIEDEL, « À propos de la notion d'entreprise », Études R. ROBLOT, p. 97. – P. DIDIER, « Esquisse de la notion d'entreprise », in Mélanges P. VOIRIN, LGDJ., 1967, p. 209 et s. – G. et A. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », In. Ibid. p. 599.

¹⁵⁶⁵ M. SATANOWSKY, « Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce » : RIDC., 1955, p. 731.

¹⁵⁶⁶ M. DESPAX, « L'entreprise et le droit », LGDJ., 1956, n° 44, p. 40 et s; V. également, Ibid., n° 74 et s : En cas de location gérance M. DESPAX a voulu voir dans l'obligation solidaire du propriétaire du fonds et du locataire-gérant, qui était totale jusqu'à l'accomplissement des formalités de publicité, puis limitée à la valeur du fonds, une fois celle-ci réalisée (article 8 de décret n°53-960 du 30 septembre 1953), une signe d'émergence d'un passif propre de l'entreprise. Toutefois, cette solution n'est plus de droit positif. Les grandes difficultés soulevées par l'application du décret de 1953 ont conduit le législateur à reformer à nouveau la matière en 1956. Depuis la loi du 20 mars 1956 codifié aux articles L.141-1 et suivant du Code du commerce, cette responsabilité est illimitée dans son étendue et ne se limite pas à la valeur du fonds. La location-gérance ne fait plus apparaître aujourd'hui un passif propre de l'entreprise. – V. aussi. P. CHAUVEAU, « Le fonds de commerce-patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre » : D. chron. 1939, p. 37. – S.F. GRUNZWEIG, « Le fonds de commerce et son passif propre », LGDJ., 1938, n° 140, p. 150 et s.

que telle. A travers la transmission à l'acquéreur des contrats nécessaires à l'exploitation, on s'est interrogé sur la transmission des créances et des dettes corrélatives. Autrement dit, c'est à travers la remise en cause de la conception subjective de l'obligation ou par le remplacement du concept de commerçant par celui d'entreprise que l'on a essayé de lier les créances, les dettes ou les contrats à l'entreprise et non à la personne de l'exploitant.

Toutefois, avant la loi du 15 juin 2010 créant le statut de l'EIRL et à moins de passer par le détour de la société unipersonnelle, l'absence d'autonomie patrimoniale est la caractéristique notoire de l'entreprise individuelle. A cet égard, si le statut de l'EIRL remet en cause le caractère obligatoire de la théorie classique du patrimoine, l'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle demeure le principe. Le statut de l'EIRL montre également que l'existence d'un patrimoine d'affectation n'est pas possible sans que le droit intervienne pour créer les normes correspondantes. Il convient de démontrer ce principe ainsi que ses fondements afin de comprendre quelles pourraient être les justifications juridiques, techniques et économiques de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle.

Dans ce cadre, il faut tout d'abord constater l'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise dans les différentes branches du droit, avant de montrer que la conception subjective de l'obligation fait obstacle à la transmission de l'entreprise en tant qu'entité patrimoniale autonome.

Chapitre I : L'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise dans les différentes branches du droit

Chapitre II : La conception subjective de l'obligation, obstacle à la transmission de l'entreprise en tant qu'entité patrimonielement autonome

CHAPITRE I. L'ABSENCE D'AUTONOMIE PATRIMONIALE DE L'ENTRPRISE DANS LES DIFFÉRENTES BRANCHES DU DROIT

417. Certaines branches de droit ont certes pu paraître prêtes à consacrer l'autonomie patrimoniale de l'entreprise. Tel est le cas, en particulier, du droit comptable et du droit des procédures collectives, lorsque ceux-ci se réfèrent à l'actif et au passif du patrimoine de l'entreprise. Tel est le cas aussi, du droit fiscal dans la mesure où il fait varier le régime d'imposition selon le mode de gestion des biens. Ces solutions, cependant, s'expliquent avant tout par des considérations propres à ces différentes matières et il serait inexact et artificiel d'en conclure que l'entreprise est dotée d'un patrimoine autonome. Une telle conclusion ne peut en réalité se déduire ni de l'usage des termes actif et passif du patrimoine de l'entreprise ni d'une prétendue autonomie fiscale de celui-ci. Nous envisagerons l'absence d'une autonomie patrimoniale dans trois branches de droit : le droit comptable (section 1), le droit fiscal (section 2) et le droit des procédures collectives (section 3).

Section 1. L'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise en droit comptable

418. En droit comptable, l'entreprise est considérée comme une entité comptable qui dispose d'une autonomie financière. Grâce à un bilan regroupant les éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise (article L. 123-12 C. com) et un compte de résultat présentant ses produits et ses charges, une séparation patrimoniale purement comptable est opérée. Il s'agit d'une personnification comptable débouchant sur la création d'un patrimoine d'affectation comptable¹⁵⁶⁷. Plus clairement, la comptabilité regarde l'entreprise à la manière d'une personne morale virtuelle en la rapprochant du sujet des droits et des obligations. Cette représentation est nécessaire pour donner de l'entreprise une représentation économique exacte.

Cette originalité patrimoniale apparaît par l'affectation de certains biens à une activité déterminée et conduit à considérer l'entreprise comme titulaire de droits et d'obligations. Les critères d'utilisation de certains comptes traduisent une distinction nette entre le chef d'entreprise et celle-ci¹⁵⁶⁸. Le compte n° 108, par exemple, va enregistrer les opérations réalisées entre l'entrepreneur et l'entreprise individuelle.

¹⁵⁶⁷ Ch. DE LAUZAINGHEIN, J-L. NAVARO et D. NECHELIS, « *Droit comptable* », Dalloz, 3^e éd. 2004, n° 236, p. 215.

¹⁵⁶⁸ Ch. DE LAUZAINGHEIN, J-L. NAVARO et D. NECHELIS, « *Droit comptable* », Dalloz, 3^e éd. 2004, n° 236, p. 215 et s.

Le droit de la comptabilité distingue donc les opérations effectuées par le responsable pour son activité professionnelle et les autres. Conséquemment, le responsable est considéré comme un tiers à l'exploitation¹⁵⁶⁹. De même, le compte « capital » n° 101, en étant porté au passif du bilan, illustre aussi cette distinction entre patrimoine de l'entité et patrimoine du propriétaire. En effet, alors qu'il s'agit d'un élément positif du patrimoine qui représente les biens engagés par l'entrepreneur dans son entreprise, le capital est porté au passif du bilan en tant que dette de l'entreprise envers son exploitant¹⁵⁷⁰. Plus précisément, en comptabilité, le compte capital est, en vérité, un compte de tiers, celui qui constate la dette de l'entreprise ou de l'entité envers ses fondateurs ou son exploitant.

La notion de passif comptable doit donc être entendue dans un sens large. Elle ne comprend pas seulement le passif externe, qui correspond aux obligations de l'entité vis-à-vis des tiers : obligations juridiques d'ordre légal, réglementaire ou contractuel¹⁵⁷¹. Elle englobe également le passif interne. La notion de passif comptable interne comprend, tout d'abord, les biens affectés par l'entrepreneur à l'activité économique de l'entreprise. Ces capitaux sont laissés à la disposition de l'entreprise de manière durable. C'est la raison pour laquelle ces capitaux sont qualifiés « capitaux propres ». De même, entrent dans la notion de passif comptable les bénéfiques (en finance on utilise le terme « ressource ») qui ont été créés par l'activité de l'entreprise elle-même et ont été laissées à sa disposition : ce sont des réserves. Ces réserves constituées du profit du capital investi sont aussi considérées comme une dette de l'entreprise envers l'entrepreneur.

419. La comptabilité utilise certes les mêmes techniques qu'il s'agisse d'entreprise individuelle ou d'entreprise sociale mais elle ne remplit pas la même fonction dans les deux cas.

S'agissant de l'entreprise sociale, le rôle de la comptabilité se résume, en effet, à traduire en chiffres le patrimoine d'une personne qui est la société. En réalité, lorsque l'activité de l'entreprise est exploitée sous forme de société, l'existence d'une personne juridique explique parfaitement la concordance entre patrimoine comptable et patrimoine social, de même qu'elle permet de comprendre et de justifier la notion de passif interne de l'entreprise sociale. Dans celle-ci, les capitaux, constitués par les apports des associés, sont considérés comme des dettes envers les associés. D'ailleurs, il n'y a lieu à aucune distinction entre patrimoine de l'entreprise et patrimoine de la société. On peut sans doute composer des masses différentes à

¹⁵⁶⁹ Ch. DE LAUZAINGHEIN, J-L. NAVARO et D. NECHELIS, « *Droit comptable* », Dalloz, 3^e éd. 2004, p. 216.

¹⁵⁷⁰ Ch. DE LAUZAINGHEIN, J-L. NAVARO et D. NECHELIS, « *Droit comptable* », Dalloz, 3^e éd. 2004, p. 216.

¹⁵⁷¹ Comme par exemple, les dettes de l'entreprise envers les tiers (fournisseurs, créanciers, prêteurs) et doivent leur être restituées à plus ou moins longues échéances.

l'intérieur du patrimoine social pour les affecter à plusieurs départements ou succursales qui jouissent d'une certaine autonomie à l'intérieur de la société. Mais cette séparation, sur le plan comptable, ne porte pas atteinte à l'autonomie du patrimoine social¹⁵⁷².

Dans l'entreprise individuelle, il existe certes une séparation comptable rigoureuse entre les biens et dettes affectés à l'activité de l'entreprise et les autres biens ou dettes de l'exploitant. Mais, sur le plan juridique, les biens affectés à l'exploitation commerciale ne constituent pas un patrimoine distinct du patrimoine personnel de l'exploitant. Le destinataire des obligations comptables reste le commerçant, personne physique ou personne morale et non l'entreprise elle-même¹⁵⁷³. La comptabilité essaye, en quelque sorte, de traduire la situation juridique mais elle ne crée aucune préférence sur le prétendu patrimoine de l'entreprise¹⁵⁷⁴. Il n'existe pas toujours de concordance entre le patrimoine d'affectation comptable et le patrimoine de l'entrepreneur tel qu'il est conçu sur le plan juridique¹⁵⁷⁵. L'entité individuelle est une personne exclusivement comptable c'est-à-dire que son existence est limitée à ce domaine. En dehors de ces limites elle n'existerait pas. La personnalité comptable du patrimoine ne joue pleinement son rôle que dans la mesure où la personnalité comptable correspond à la personnalité juridique. Cela montre qu'il ne suffit pas d'être sujet grammatical pour devenir sujet de droit¹⁵⁷⁶. La même conclusion s'impose en droit fiscal.

420. L'entreprise individuelle présente cependant une particularité par rapport à la société personne morale en ce qui concerne le principe de liberté d'affectation comptable. En effet, même si, comptablement, le bilan doit retracer les éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise, ni le Code de commerce ni le Plan comptable général ne déterminent ces éléments, de même qu'aucune réponse ne se trouve dans le Code général des impôts. Toutefois, la jurisprudence administrative a comblé ce vide législatif en consacrant le principe de liberté d'affectation comptable en vertu duquel, et sous réserve de certaines exceptions (clientèle, droit au bail, stocks et créances et dettes commerciales¹⁵⁷⁷), le commerçant est libre d'inscrire à l'actif du bilan de son entreprise des éléments qui ne sont pas

¹⁵⁷² F. GORÉ, « *Personnalité juridique et personnalité comptable* » : RF comp. 1974, p. 273.

¹⁵⁷³ Voir les articles, L.123-16, L.123-17, L.123-20, L.123-23 du Code de commerce ; V. également, les articles L.123-25, L.123-26, L.123-27 qui dispensent certains commerçants de certaines obligations comptables. - V. également, le décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983 qui soumet le commerçant, personne physique ou personne morale, aux obligations comptables et non l'entreprise.

¹⁵⁷⁴ N. MATHEY, thèse, op. cit. p. 395, n° 814, note n° 5. - V. également, M. PEDAMON, « *Droit commercial* », Dalloz 1994, n° 252.

¹⁵⁷⁵ F. GORÉ, « *Personnalité juridique et personnalité comptable* » : RF comp. 1974, p. 273.

¹⁵⁷⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., p. 395, n° 814.

¹⁵⁷⁷ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Paris, Litec, 2009-2010, n°1969, p. 607 : la non comptabilisation au bilan de l'un de ces éléments constituerait une erreur comptable, rectifiable à la demande tant de l'exploitant que de l'administration.

affectés à l'exploitation, comme il est libre de ne pas y faire figurer les éléments qui y sont affectés¹⁵⁷⁸. Ce n'est donc pas la nature du bilan qui importe mais son affectation comptable¹⁵⁷⁹. Le principe de liberté d'affectation comptable joue de la même façon à l'égard du passif. Ainsi, sous réserve des dettes relatives aux stocks, c'est-à-dire des dettes envers les fournisseurs, qui sont affectées par nature à l'exploitation, l'exploitant a la possibilité de ne pas inscrire au passif du bilan une dette liée à l'activité de son entreprise¹⁵⁸⁰. Ce principe de liberté d'affectation et de gestion comptable reflète le pouvoir unique et discrétionnaire de l'entrepreneur individuel, ce qui va à l'encontre de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle. Par conséquent, la solution ne peut être que juridique et ne peut résider que dans l'instauration de règles institutionnelles limitant le pouvoir de l'entrepreneur dans la détermination des éléments actifs et passifs du bilan afin de sauvegarder les droits des créanciers. C'est pourquoi la loi créant l'EIRL a rendu obligatoire l'affectation de certains biens qui sont par leur nature nécessaires à l'exploitation - mais ce n'est pas le lieu de discuter de l'effectivité d'une telle mesure¹⁵⁸¹.

421. Conclusion de la section 1. D'un point de vue comptable, l'entreprise individuelle jouie d'une autonomie patrimoniale. Cependant, cette autonomie n'est pas juridique. Plus clairement, la comptabilité essaye, en quelque sorte, de traduire en chiffre la situation financière de l'entreprise mais elle ne crée aucune préférence sur le prétendu patrimoine de l'entreprise. L'autonomie comptable du patrimoine de l'entreprise ne joue pleinement son rôle que dans la mesure où la personnalité comptable correspond à la personnalité juridique. En outre, cette autonomie comptable demeure incapable à distinguer l'entreprise de l'entrepreneur dans la mesure où l'entreprise individuelle est soumise au principe de la liberté d'affectation comptable. Ce principe reflète le pouvoir discrétionnaire de l'entrepreneur sur les biens de l'entreprise ce qui constitue un obstacle à la consécration d'une autonomie patrimoniale d'un point de vue juridique.

¹⁵⁷⁸ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Paris, Litec, 2009-2010, n° 1565, p. 606 et s : c'est le libéralisme poussé jusqu'à ses extrêmes au point d'autoriser des choix cocasses, contraires à la nature des choses ; on pourrait à la limite le qualifier de principe de « pagaille ».

¹⁵⁷⁹ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Paris, Litec, 2009-2010, n° 1568, p. 607.

¹⁵⁸⁰ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « *Précis de fiscalité des entreprises* », Paris, Litec, 2009-2010, n° 1572, p. 608.

¹⁵⁸¹ *Infra* 506 et s.

Section 2. L'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise en droit fiscal

422. Selon une opinion largement répandue, le droit fiscal reconnaît à l'entreprise (commerciale, industrielle ou artisanale) l'existence d'un patrimoine distinct de celui du patrimoine civil de l'entrepreneur¹⁵⁸². Selon cette doctrine, l'autonomie du patrimoine fiscal de l'entreprise est consacrée dans la théorie du bilan. La dualité du patrimoine du contribuable résulte de ce que le bénéfice imposable est déterminé d'après les résultats accusés au bilan de l'entreprise¹⁵⁸³. A l'opposé, on a relevé la contradiction et l'imprécision d'une telle analyse doctrinale¹⁵⁸⁴. La doctrine reste, en effet, singulièrement silencieuse sur l'incidence ou la portée de cette distinction fiscale sur la consécration d'un patrimoine autonome juridiquement défini. La question est en effet de savoir si le patrimoine d'affectation, tout en étant distinct du patrimoine civil, reste inclus dans le patrimoine général du contribuable ou s'il constitue un patrimoine totalement distinct au point de vue fiscal.

Selon D. KETCHEDJIAN, « *la doctrine se contente trop souvent de décrire les solutions fiscales et de déduire de leur originalité leur contradiction avec les principes de droit privé pour qu'il ne soit point utile de s'interroger sur la signification profondes de ces constructions* »¹⁵⁸⁵. Sans doute, à s'en tenir à l'apparence, le droit fiscal semble individualiser l'entreprise dans l'espace et dans le temps, en la distinguant à la fois du patrimoine civil de l'entrepreneur et de sa personne. Toutefois, un examen plus attentif des solutions fiscales ne permet pas de corroborer cette analyse¹⁵⁸⁶ et démontre aussi que le droit fiscal n'a pas toujours une vision unitaire de ses propres concepts¹⁵⁸⁷. L'interprétation, en termes juridiques, d'une autonomie patrimoniale

¹⁵⁸² En ce sens : G. RIPERT, « *Aspect juridique de capitalisme moderne* », LGDJ., 2^e éd., 1951 n° 123, p. 274 : « *l'entreprise est considérée comme un contribuable important...le droit fiscal...saisit l'entreprise dans son fonctionnement sans se préoccuper de sa nature. Il la considère comme une unité juridique pour l'imposer* ». – M. DESPAX, op. cit., n° 392 : qu'en droit fiscal, une branche du droit récente, les principes classiques perdent leur empire – N. EZRAN-CHARRIÈRE, « *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'union européenne* », LGDJ. 2002, Préface J. FOYER, n° 89, p. 73.

¹⁵⁸³ Cons. État., 7^e et 8^e sous. sect. réunies, 13 juillet 1955 : Rec. CE., n° 17.908, p. 434 ; Dr. fiscal 1955, doctrine, n° 21, p. 6, concl. POUSSIÈRE - Cons. État., 7^e et 8^e sous. sect. réunies, 21 janvier 1952 : Rec. CE., n° 14.878, concl. Cl. LASRY. – Cons. État., 7^e 9^e sous. sect. 20 octobre 1971: Rec. CE., n° 79.553, p. 620; Dr. fiscal 1972, n° 50, comm., n° 1804, Concl. DELMAS-MARSALET.

¹⁵⁸⁴ D. KETCHEDJIAN, « *L'entreprise et le droit fiscal : un nouveau sujet de droit ?* » : Revue de science financière 1974, p. 415 et s.

¹⁵⁸⁵ D. KETCHEDJIAN, « *L'entreprise individuelle en droit fiscal. Un nouveau sujet de droit* », op. cit., p. 421.

¹⁵⁸⁶ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 453. – V. également, B. VAILLANT MAILLOT, « *La notion d'entreprise en droit fiscal des affaires* », thèse Toulouse 1996: l'entreprise n'ayant pas de personnalité juridique n'a plus de personnalité fiscale, en ce sens qu'elle n'est jamais débiteur d'impôt.

¹⁵⁸⁷ J. LE CALVEZ, « *Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel* » : D. 2000, n° 10, chron. p. 151.

de l'entreprise individuelle serait erronée. En effet, la distinction ne semble pas opérer tous les effets qu'on serait en droit d'attendre d'une distinction patrimoniale, juridiquement définie¹⁵⁸⁸. D'une part, en matière d'impôt sur le revenu, et c'est là que se pose la question de l'autonomie fiscale de l'entreprise individuelle, le principe de l'unité du patrimoine constitue un obstacle à l'existence d'un passif propre de l'entreprise individuelle. Cela se traduit par le principe de l'unité d'imposition de l'impôt sur le revenu. (§ 1) D'autre part, le droit fiscal ne tire pas de conséquences juridiques de la théorie du bilan dès lors qu'il ne reconnaît pas un principe général d'autonomie fiscale de l'entreprise individuelle dans l'ensemble de ses branches (§ 2).

§1. L'unité d'imposition de l'impôt sur le revenu

423. La distinction fiscale, au sein du patrimoine de l'exploitant, entre les biens relevant d'une gestion civile et ceux faisant l'objet d'une gestion commerciale trouve son origine dans la loi du 31 juillet 1917 ayant institué les impôts cédulaires. Avant même l'introduction de la théorie du bilan, tout semblait se passer comme si les deux parties du patrimoine de l'entrepreneur constituaient deux patrimoines distincts et étrangers l'un à l'autre¹⁵⁸⁹. Cette distinction a été élaborée pour deux raisons. D'une part, les modalités d'imposition des revenus mobiliers ou immobiliers réalisés par l'entreprise commerciale dépendaient de l'insertion ou de la non-insertion de ces biens dans l'entreprise et impliquaient une distinction entre patrimoine professionnel et patrimoine privé de l'exploitant¹⁵⁹⁰. D'autre part, cette distinction est également nécessaire pour déterminer le bénéfice net imposable¹⁵⁹¹, avec la déduction des amortissements et des provisions¹⁵⁹². En effet, la réalisation d'amortissements et de provisions apparaît comme le signe d'une certaine distinction entre deux masses. Le droit fiscal prenant en considération la baisse de valeur des éléments mobiliers et immobiliers de l'entreprise, l'usage de l'amortissement, comme celui de la provision, est subordonné au fait que l'on se trouve en présence d'un élément de l'entreprise¹⁵⁹³.

424. Particulièrement, le Conseil d'État, dès 1947, et contrairement à une solution ancienne¹⁵⁹⁴ justifiée par le principe d'unicité du patrimoine, admettait que

¹⁵⁸⁸ D. KETCHEDJIAN, op. cit.

¹⁵⁸⁹ D. KETCHEDJIAN., op. cit., p. 430.

¹⁵⁹⁰ D. KETCHEDJIAN., op. cit., p. 427.

¹⁵⁹¹ D. KETCHEDJIAN., op. cit., p. 425.

¹⁵⁹² D. KETCHEDJIAN., op. cit., p. 424.

¹⁵⁹³ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 430: la détermination de la valeur du bien amortissable est limitée à la seule dépréciation des biens à partir de leur entrée dans l'actif de l'entreprise. De la même façon, la provision ne peut tenir compte que des dépréciations subies par les valeurs mobilières depuis leur insertion dans l'entreprise et réciproquement, le retrait des mêmes valeurs ne peut avoir lieu que pour la valeur qui leur avait été attribuée lors de leur prise en charge par l'entreprise.

¹⁵⁹⁴ Cons. État., 7^e et 8^e sous sect. réunies, 16 février 1944: Rec. CE., n° 76809 ; Revue des impôts, 1944, article 6178; D. KETCHEDJIAN. op. cit., p. 435.

le retrait des éléments de l'actif constituait un fait générateur de l'imposition des plus-values. Cette solution a été justifiée aussi par la théorie du bilan : tant que le bien figurait dans la comptabilité commerciale de l'entreprise, son retrait serait assimilé, au point de vue fiscal à une cession d'éléments d'actif¹⁵⁹⁵. Et, en effet, puisque le retrait d'actif est soumis au régime fiscal de cession, il semble permis de penser que le droit fiscal reconnaît à l'entreprise individuelle une existence propre. Pourtant, il n'en est rien. Dans le cadre des entreprises relevant de l'impôt sur le revenu, deux objections sérieuses peuvent être présentées à l'encontre de la notion de patrimoine distinct de l'entreprise individuelle¹⁵⁹⁶.

D'une part, cette distinction ne concerne pas les entreprises imposées forfaitairement. En effet, le bénéfice réel imposable, régime fiscal spécifique qui englobe les plus-values de cession des biens, est différent de celui des plus-values réalisées sur la cession des biens immobiliers non affectés à une exploitation commerciale. Par conséquent, il est nécessaire d'individualiser au sein du patrimoine du contribuable les biens qui, en raison de leur gestion commerciale, peuvent donner lieu à l'application des principes spécifiques du bénéfice commercial. La même distinction est, en revanche, sans intérêt dans les entreprises commerciales relevant du forfait : celles-ci n'appréhendant pas les plus-values, il n'est pas nécessaire d'individualiser les biens d'une exploitation forfaitaire puisque leur gestion n'est pas soumise à un régime fiscal spécifique¹⁵⁹⁷. On ne saurait en déduire que seules les entreprises imposées sur leurs bénéfices réels disposent d'un actif commercial, à la différence des entreprises relevant de forfait. Mais ce rappel est significatif pour expliquer la valeur juridique de la distinction entre les biens relevant d'une gestion civile et ceux affectés par l'entrepreneur à ses activités commerciales. Cette distinction dépend, en effet, du mode d'évaluation des bénéfices. La différence du mode d'évaluation n'a aucune relation avec la notion du patrimoine¹⁵⁹⁸.

D'autre part, dans le cadre des entreprises, commerciales ou agricoles, imposées au réel, la distinction ne semble pas opérer tous les effets qu'on serait en

¹⁵⁹⁵ Cons. État., 8^e sous sect., 17 juillet 1947 : Rec. CE., n° 91171 ; R. O., p. 276, cité par D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 435. – M. MELIN, « *Les transferts de biens entre patrimoine professionnel et patrimoine privé* », JCP E 1980, comm., n° 13421. p. 637, spécialement n° 8 et les références citées. – P. SERLOOTEN, « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd., 2010, n° 59, p. 61 et les références citées.

¹⁵⁹⁶ A. PERROT, thèse, op. cit., p. 82.

¹⁵⁹⁷ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 472 et s : en effet, dans les entreprises imposées forfaitairement cette distinction ne se rencontre pas. D'une part, en raison du particularisme de la méthode forfaitaire d'évaluation des bénéfices commerciaux, ces entreprises ne sont pas obligées de détenir une comptabilité patrimoniale. D'autre part, ce n'est pas seulement l'absence du bilan qui rend inutile la distinction du patrimoine civil et commercial, car rien n'interdit au contribuable relevant du forfait d'établir un bilan auquel il inscrirait les immeubles affectés à leur exploitation. Mais en réalité, c'est parce leur régime fiscal d'imposition ne tient pas compte de variations négatives ou positives de valeur des éléments de l'actif que la notion de patrimoine commercial y semble inutile.

¹⁵⁹⁸ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 472 et s.

droit d'attendre d'une distinction patrimoniale. Sans doute, le passage du patrimoine commercial au patrimoine civil (retrait d'actif) est assimilé à une cession véritable susceptible de générer une plus-value imposable¹⁵⁹⁹. Toutefois, la réciproque n'est pas vraie : le mouvement d'un bien en sens inverse ne donne pas lieu à taxation d'un quelconque profit. Selon le Conseil d'État, lors de l'inscription d'un bien à l'actif de l'entreprise, « aucun prix n'a été et ne pouvait d'ailleurs être payé par l'entreprise pour son acquisition »¹⁶⁰⁰.

425. En réalité, ces deux masses ne constituent pas deux patrimoines distincts et ne peuvent donner lieu à de véritables rapports pécuniaires ou juridiques¹⁶⁰¹. Si l'incorporation d'un bien du patrimoine civil au patrimoine commercial ou l'opération inverse doit se faire à la valeur réelle du bien lors du transfert, ce n'est pas parce l'exploitant se céderait le bien à lui-même, en tant que commerçant, mais seulement parce que la gestion de ce bien obéit à des règles différentes, du point de vue fiscal, selon qu'il est fait à titre civil ou à titre commercial¹⁶⁰². En d'autres termes, l'assimilation du retrait partiel à une cession a, quant à elle, pour but d'éviter le chevauchement des règles applicables aux différents revenus. Ces solutions se justifient par l'une des finalités du droit fiscal qui est de mesurer les flux de valeurs générateurs d'imposition. L'évolution de la valeur ne suppose pas le passage d'un patrimoine à un autre¹⁶⁰³. L'amortissement doit se faire à la valeur réelle du bien au

¹⁵⁹⁹ M. COZIAN et Fl. DEBOISSY, « Précis de fiscalité des entreprises », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 327 et 239, p. 134. – P. SERLOOTEN, « Droit fiscal des affaires », Dalloz, 10^e éd., 2011-2012, n° 126, p. 111 : l'article 39 duodecies du CGI vise « les plus-values provenant de la cession d'éléments de l'actif immobilisé ». La cession dont il s'agit doit s'entendre non seulement dans son sens juridique de transfert de propriété, mais encore dans un sens large celui de son acception comptable de sortie du bilan. Le régime des plus-values et moins-values s'applique dès qu'une immobilisation disparaît du bilan pour quelque cause que ce soit (vente, apport en société, échange, partage ou de la donation ou le simple retrait d'actif indépendamment de tout transfert de propriété). Le contribuable qui par une écriture comptable retire une immobilisation de son patrimoine professionnel pour la transférer par là dans son patrimoine privé, serait alors susceptible d'être imposé sur la plus-value constatée au moment de ce retrait d'actif. – V. également, P. SERLOOTEN, « Droit fiscal des affaires », Dalloz, 10^e éd., 2011-2012, n° 59; à partir de 2012, les effets de la théorie du bilan seront neutralisés de telle sorte que le régime de taxation des plus-values variera selon la nature du bien et non uniquement selon l'inscription du bien au bilan. Le contribuable conserve sa liberté d'inscrire ou non le bien au bilan de l'entreprise, mais les plus-values réalisées à l'occasion de la cession ne seront, en principe, être imposées selon les règles des plus-values professionnelles que si le bien faisait l'objet d'utilisation professionnelle. Cette solution présente par ailleurs l'avantage de résoudre les difficultés liées à la composition du patrimoine fiscal d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) puisque la nouvelle définition fiscale rejoint la définition commerciale du patrimoine de l'EIRL (C. com., art. L. 526-6). : P. SERLOOTEN, « Définition du patrimoine professionnel : dernière modification » : L'essentiel du droit fiscal, janvier 2011 n° 1, p. 3.

¹⁶⁰⁰ Cons. État., 7^e 9^e sous sect. 20 octobre 1971: Rec. CE., n° 79553; Dr. fiscal 1972, n° 50, comm., 1804. Concl. DELMAS-MARSALET. – JO., déb. Ass. Nat., 31 juillet 1971, p. 3839 ; Dr. fiscal 1971, 42, 1403. – V. également, D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 459.

¹⁶⁰¹ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 460.

¹⁶⁰² D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 478.

¹⁶⁰³ N. MATHEY, thèse, op. cit., p. 399.

jour de son affectation à une exploitation commerciale, puisque ses règles ne sont pas identiques dans la catégorie des revenus fonciers et dans celles des bénéfices industriels et commerciaux. On ne doit tenir compte que de la seule dépréciation du bien au cours de son passage dans l'entreprise, et écarter la dépréciation subie avant son incorporation à l'actif commercial puisqu'elle était prise en charge par l'amortissement forfaitaire appliqué dans le cadre des revenus fonciers¹⁶⁰⁴. C'est la conséquence normale de l'existence de différentes catégories de revenus. C'est donc parce la loi fiscale distingue différentes catégories de revenus obéissant à des règles différentes¹⁶⁰⁵ qu'il importe de distinguer, au sein du patrimoine des contribuables, les différents biens le composant en fonction de leur mode de gestion. La distinction du patrimoine commercial et du patrimoine civil a donc une signification, non pas patrimoniale, mais fonctionnelle découlant de l'économie de l'impôt sur le revenu ou tout simplement de la conception spécifique du bénéfice commercial réel¹⁶⁰⁶.

426. La cession de l'entreprise ne fait pas non plus apparaître un passif propre de l'entreprise individuelle. Celle-ci disparaît, au moins dans le patrimoine de l'ancien exploitant, de sorte qu'il convient d'imposer tous les bénéfices qu'elle a pu réaliser jusqu'alors et qui n'ont pas été imposés. Cette imposition immédiate concerne d'abord le bénéfice réalisé depuis la fin de la dernière période d'imposition effective jusqu'au jour de la cession ou de la cessation. Le législateur donne sur ce point une garantie à l'administration puisque l'article 1684-1 du Code général des impôts prévoit que le cessionnaire est tenu solidairement avec le cédant du paiement des impôts directs relatif aux bénéfices de l'exercice précédent¹⁶⁰⁷. Le bénéfice d'exploitation immédiatement imposable comprend également les bénéfices, provisions ou ressources dont l'imposition avait été différée¹⁶⁰⁸.

427. En outre, en cas de déficit ou de report déficitaire, le déficit subi dans le cadre des BIC n'est pas reporté sur l'exercice suivant, ce qui aurait permis une individualisation de l'entreprise, mais bien au contraire, il est imputé sur le bénéfice global de l'entrepreneur. L'entreprise n'a plus à assumer, en quelque sorte, les déficits ; ceux-ci sont pris en charge par le patrimoine général du contribuable. L'entreprise ne saurait dès lors constituer, même au point de vue fiscal, une universalité juridique puisque, si elle dispose d'un actif, d'un patrimoine commercial, elle ne comporte pas un véritable passif : les dettes de l'entreprise, ses

¹⁶⁰⁴ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 479 : toute autre solution aurait permis une double déduction d'un même bien des dépréciations acquises.

¹⁶⁰⁵ Selon l'article 1 du CGI, l'impôt sur le revenu est unique de telle sorte qu'il frappe le total des revenus nets des diverses catégories de revenus perçus par une personne physique : P. SERLOOTEN, « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd., 2011-20123, n° 275, p. 199.

¹⁶⁰⁶ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 469 et s.

¹⁶⁰⁷ P. SERLOOTEN, « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd. 2011-2012, n° 381, p. 231.

¹⁶⁰⁸ P. SERLOOTEN, « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd. 2011-2012, n° 381, p. 231.

déficits, sont pris en compte dans le passif général du contribuable ; ils ne forment pas un passif autonome¹⁶⁰⁹.

428. En revanche, l'autonomie de l'entreprise a été invoquée avec l'hypothèse couramment qualifiée de bail fiscal. Il résulte de l'arrêt Meissonnier, rendu en 1998, que le Conseil d'État permet au contribuable, qui conserve un immeuble dans son patrimoine privé et s'abstient en conséquence de l'inscrire à l'actif de son entreprise tout en l'affectant à l'exploitation de cette dernière, de comprendre dans les charges de celle-ci des sommes correspondant au loyer normal de cet immeuble. Les loyers de cet immeuble seront alors déduits du résultat imposable au titre des BIC pour se trouver corrélativement imposés au titre des revenus fonciers¹⁶¹⁰. Les deux patrimoines, professionnel et privé, sont alors distincts et peuvent donner lieu non seulement à des opérations de transfert mais également à des opérations de louage de choses¹⁶¹¹.

429. Cependant, analyser la jurisprudence fiscale dans la perspective d'une reconnaissance d'autonomie patrimoniale à l'entreprise individuelle, peut révéler la critique et faire apparaître la contradiction des solutions dégagées. Au vrai, la jurisprudence Meissonnier, qui n'a jamais été admise par l'administration fiscale¹⁶¹²

¹⁶⁰⁹ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 457. – P. SERLOOTEN, « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd., 2011-20123, n° 147, p. 122 et s : l'imposition des personnes physique se fait globalement sans qu'il y lieu de considérer séparément chaque catégorie des revenus. Le déficit d'un exercice ne constitue pas un déficit reportable sur les BIC de l'exercice suivant mais doit être imputé sur le revenu global de l'exploitant. En effet, l'article 156-1 CGI prévoit l'imputation sur le revenu global du déficit constaté pour une année dans une catégorie de revenus ; si ce bénéfice global est insuffisant pour absorber la totalité du déficit commercial, l'excédant du déficit sera reporté sur l'année suivante, mais là aussi, sur le bénéfice global et non sur les seuls BIC.

¹⁶¹⁰ Cons. État, 8 juillet 1998 : RJF 8-9-1998, n° 914 et n° 194, p. 655, M. MEISSONNIER ; Dr. fiscal 1998, n° 42, comm., 896, Concl., G. BLANCHIER. – J. LE CALVEZ, « *Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel* » : D. 2000, n° 10, chron., p. 151. – P. FERNOUX, « *Entreprise individuelle : stratégie de location de l'immobilier* » : BF Lefebvre 3/01, p. 117. – B. PLAGNET, « *Le patrimoine fiscal de l'entreprise individuelle* » : BF Lefebvre 6/96, p. 319, n° 16. – Fl. DEBOISSY, « *Retour sur l'arrêt Meissonnier : Le « bail fiscal » existe-t-il ?* » : RTD com., 2001, n° 4 et 5, p. 1013. – Th. SCHMITT, « *Propos iconoclastes sur le bail fiscal* » : Dr. fiscal 2002, p. 661. – Ph. DURAND, « *Les mécomptes d'une schizophrénie fiscale* » : Rev. adm., 1996, n° 291, p. 285, note 1.

¹⁶¹¹ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 436.

¹⁶¹² Doc. Adm., 4 C-421, n° 11, 30 oct. 1997 ; JO. Ass. Nat., 3 avril 2000, p. 2188, n° 40698, Rép. à M. CUILLANDRE. – BF Lefebvre 5-2000, n° 505 ; Arrêt Prince Cons. État, 9^e et 10^e sous sect. 6 avril 2001 : RTD com., 2001, p. 1010, n° 4, obs. F. DEBOISSY ; J. MAÍÁ, RJF 7/2001, chron., p. 703, n° 939 : solution fondée sur l'article 93-1-1^o du CGI : « *le titulaire de bénéfices non commerciaux n'est pas autorisé à déduire de ses revenus professionnels une somme correspondante au loyer normal d'un immeuble dont il détient la propriété et qu'il utilise pour l'exercice de son activité* ». – V. également, JO. Ass. Nat., Q 5 mars 2001, p. 1394, n° 53346, Rép. à M. JACQUAT ; Dr. fiscal, 2001, p. 893, n° 24 : la même solution est affirmée en matière de bénéfices agricole, au motif que les revenus agricoles définis par l'article 63 du CGI rémunèrent « *indistinctement le travail de l'exploitant et le capital foncier mis en œuvre qu'il soit ou non inscrit à l'actif du bilan de l'exploitation* ».

ni par la Cour de cassation¹⁶¹³, paraît se heurter à des obstacles juridiques, fiscaux et comptables importants.

Du point de vue juridique, il ne peut exister de dette ou de créance de l'exploitant envers l'entreprise individuelle, faute d'avoir face à face deux personnes juridiques distinctes. Pour la même raison, on ne saurait y voir un contrat passé entre l'exploitant individuel et son entreprise¹⁶¹⁴. Cette solution ne peut pas être analysée comme un contrat avec soi-même. Elle ne peut même pas être analysée comme un bail fiscal et non juridique car cela serait contraire à l'analyse juridique¹⁶¹⁵.

Du point de vue comptable, le plan comptable comporte certes un compte de l'exploitant, mais il s'agit d'un compte de capital destiné à constater la sortie de certains éléments du patrimoine de l'entreprise, sans comptabilisation d'une dette. Les écritures en cause sont sans influence sur le résultat de l'entreprise¹⁶¹⁶.

Du point de vue fiscal, enfin, le résultat étant déterminé à partir des produits et charges, c'est-à-dire des créances et des dettes, il semble que contrairement à ce qu'a jugé le Conseil d'état, la constatation d'une charge ne devrait pas être admise lorsqu'il n'existe pas juridiquement de dette. L'arrêt Meissonnier est contraire à la notion même de charge telle qu'elle est prévue par le Code général des impôts¹⁶¹⁷. Les charges déductibles sont rattachées à la catégorie des frais généraux, lesquels supposent une dette initiale du contribuable à l'égard d'un tiers. Or, en l'absence de deux personnes distinctes, aucun paiement ne peut juridiquement intervenir. En effet, la déductibilité suppose qu'une comptabilisation de la charge soit intervenue, qu'une facture ait été émise et que le règlement ait été effectif¹⁶¹⁸. Il n'est pas concevable d'avoir une dette sur soi-même. On imagine d'ailleurs mal comment une charge de l'exploitant sur lui-même pourrait être considérée¹⁶¹⁹. C'est donc par simple commodité¹⁶²⁰, voir par abus de langage, qu'est évoquée en droit fiscal une

¹⁶¹³ *Infra* n° 432. – F. DEBOISSY, « Le principe de l'unicité du patrimoine à l'épreuve du droit comptable et du droit fiscal » : RTD com., 1999, p. 223.

¹⁶¹⁴ F. DEBOISSY, « Retour sur l'arrêt Meissonnier : le « bail fiscal » existe-t-il ? » : RTD com., 2001, n° 4, p. 1013.

¹⁶¹⁵ Th. SCHMITT, « Propos iconoclastes sur le bail fiscal » : Dr. fiscal, 2002, p. 661 : « le droit fiscal est-il tellement supérieur à la loi civile qu'il puisse aller jusqu'à inventer de toute pièce une nouvelle catégorie de convention synallagmatique propre à cette branche de droit ».

¹⁶¹⁶ P. DURAND, « Les mécomptes d'une schizophrénie fiscale » : Rev. adm., 1996, n° 291. p. 285, note 1.

¹⁶¹⁷ Fl. DEBOISSY, « Retour sur l'arrêt Meissonnier : le « bail fiscal » existe-t-il ? » : RTD com., 2001, n° 4, p. 1013.

¹⁶¹⁸ P. FERNOUX, article préc.

¹⁶¹⁹ P. DURAND, article préc.

¹⁶²⁰ Th. SCHMITT, « Propos iconoclastes sur le bail fiscal » : Dr. fiscal, 2002. p. 661. – V. également F. DEBOISSY, « Chronique fiscale » : RTD com., 2001, n° 4, p. 1013.

dualité de patrimoines là où il existe seulement deux masses au sein d'un patrimoine unique et dont aucune ne répond d'un passif propre¹⁶²¹.

En effet, la haute juridiction ne recourt elle-même en aucune manière à ce concept hautement hypothétique mais se borne à affirmer que le contribuable est en droit, lorsqu'il s'abstient d'inscrire l'immeuble à l'actif de son entreprise, « de comprendre dans les charges de celle-ci des sommes correspondant au loyer normal de cet immeuble ». Il ne s'agit que d'un simple droit à déduction pour les seuls besoins de la liquidation du résultat professionnel, une déduction impliquée par le souci d'éviter une double imposition d'un même flux économique, à savoir la valeur de la jouissance de l'immeuble, et de préserver le subtil équilibre de la structure cédulaire de l'impôt sur le revenu¹⁶²².

430. D'ailleurs, le droit fiscal ne tire pas toutes les conséquences de la reconnaissance d'une autonomie patrimoniale à l'entreprise individuelle. Cette autonomie est même refusée au motif essentiellement juridique que l'entrepreneur ne peut pas contracter avec lui-même. En effet, les rémunérations de l'exploitant ne sauraient constituer une charge déductible du bénéfice de l'entreprise. Cette non-déductibilité se déduit implicitement de l'article 154 du Code général des impôts¹⁶²³. D'une part, l'entrepreneur réunirait sur sa tête les deux qualités d'employeur et de salarié alors que le salariat suppose un lien de subordination. D'autre part, le bénéfice commercial est le résultat indissociable du capital et du travail de telle sorte que l'imposition des BIC taxe à la fois le produit du travail et celui du capital¹⁶²⁴.

431. De même, en matière de frais financiers, le Conseil d'État consacre de manière stricte le principe d'unicité du patrimoine. D'une part, les seuls frais

¹⁶²¹ F. DEBOISSY, « *Chronique fiscale* » : RTD com., 2001, n° 5, p. 1013. – V. également Th. SCHMITT, « *Propos iconoclastes sur le bail fiscal* » : Dr. fiscal 2002, p. 661.

¹⁶²² Th. SCHMITT, « *Propos iconoclastes sur le bail fiscal* » : Dr. fiscal 2002, p. 661 : A l'origine la distinction entre revenu civil et revenu commercial se justifie par la structure cédulaire de l'impôt sur le revenu qui interdit la double imposition potentielle. Le revenu global auquel s'applique l'impôt sur le revenu correspondant à la somme algébrique des revenus cédulaires réalisés par un même contribuable. Ce principe appliqué en France de longue date implique l'existence potentielle de problèmes de frontière entre les diverses cédules qui relèvent toutes de règles d'assiettes spécifiques. Le risque est alors celui de la survenance de cas d'absence ou au contraire de la double pris en compte d'un même flux économique qu'il incombe de gérer au mieux les intérêts du contribuable et du Trésor. – N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* » thèse, Paris II. p. 400. 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 impôts.

¹⁶²³ Cons. État., 8^e et 9^e sous-section, 8 juillet 1998 : Defrénois 1999, art. 36967, p. 474, note, A. CHAPPERT,

¹⁶²⁴ P. SERLOOTEN, « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd., 2011-2012, n° 162, p. 127. – M. COZIAN « *Précis de fiscalité des entreprises* », 26^e éd. 2009-2010, n° 153, p. 73 : dans l'entreprise individuelle, l'exploitant ne peut verser à lui-même des salaires puisqu'il est l'employeur, ni déduire la rémunération normale du travail qu'il fournit. Il est rémunéré par les bénéfices que dégage l'entreprise, lesquels sont imposés selon le régime des BIC.

financiers déductibles des résultats imposables sont ceux qui se rapportent à des emprunts contractés auprès des personnes autres que l'exploitant lui-même¹⁶²⁵. En effet, la théorie de l'unicité du patrimoine interdit qu'un exploitant individuel puisse recevoir un intérêt en rémunération du capital qu'il a investi dans l'entreprise, pas plus qu'en rémunération de prêts ou d'avances consentis par l'exploitant à l'entreprise (intérêts de compte courant notamment)¹⁶²⁶. Ceux-ci sont considérés comme un emploi de bénéfice et ne sont pas déductibles¹⁶²⁷. D'autre part, pour être déductibles, les emprunts, essentiellement conclus pour les besoins de l'entreprise, doivent présenter le caractère d'un acte normal de gestion. La théorie de l'unicité du patrimoine interdit la déductibilité des sommes se rattachant à des dettes personnelles de l'exploitant ou de sa famille¹⁶²⁸. Cette exigence est appréciée sévèrement par le Conseil d'État qui, pour caractériser l'acte normal de gestion, apprécie également la situation du compte de l'exploitant. Par cinq arrêts de principe du 13 novembre 1998, le Conseil d'État a confirmé la jurisprudence, mise en œuvre en 1978 et 1979, ayant jugé que « *tout solde débiteur du compte de l'exploitant en période d'endettement de l'entreprise, qu'il existe au moment où l'emprunt ou le découvert bancaire est négocié ou qu'il apparaisse pendant les exercices en cours desquels l'entreprise acquitte les frais financiers, implique une limitation à due concurrence du droit à déduction des frais financiers* »¹⁶²⁹. Le Conseil d'État abandonne ainsi une conception dite historique, préconisée par les juges du fond¹⁶³⁰, qui se bornaient à exiger que le solde soit créditeur seulement à la date de la souscription de l'emprunt, pour retenir et confirmer la solution mathématique. Conformément aux conclusions du commissaire du Gouvernement F. LOLOUM « *le droit à déduction cesse quand les prélèvements de*

¹⁶²⁵ M. COZIAN « *Précis de fiscalité des entreprises* », Litec, 33^e éd. 2009-2010, n° 163, p. 77. – P. SERLOOTEN, « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd., 2011-2012, n° 165, p. 129.

¹⁶²⁶ A. CHAPPERT, note sous, Cons. État., 8^e et 9^e sous-sections, 8 juillet 1998 : Defrénois, 1999, art. 36967, p. 475.

¹⁶²⁷ P. SERLOOTEN, op. cit., n° 151, p. 127.

¹⁶²⁸ Cons. État, 28 novembre 1973 : Rec. CE., n° 87191 : Dr. fiscal, 1974, n° 5, comm. 131. – Cons. État, 10^e et 9^e sous sect. 9 mai 2001 : Rec. CE., n° 214036 ; Dr. fiscal 2001, n° 42, comm., 942, p. 1487.

¹⁶²⁹ Cons. État, 9^e et 8^e sous-section., 13 novembre 1998 : Rec. CE., n° 143 728, n° 157 690, n° 144 602, n° 181 521, et n° 147 233, Dr. Fiscal, 1999, n° 43, comm., 780, p. 1332. concl. F. LOLOUM ; V. également dans le même sens : Cons. État, 9^e et 10^e sous-section 28 juillet 2000 : Rec. CE., n° 186415, Dr. fiscal 2001, n° 12, comm., 253. p. 515 ; Cons. État, 10^e et 9^e sous-section, 9 mai 2001 : Rec. CE., n° 241036 ; Dr. fiscal 2001, n° 42, comm., 942, p. 1487.

¹⁶³⁰ CAA Lyon, 4^e ch. 29 mai 1996 : Rec., n° 94-1881 ; Dr. fiscal 1996, n° 38, comm., 1103, p. 1142 ; CAA Nancy, 2^e ch. 10 février 1994 : Rec. CE., n° 92-547 ; Dr. fiscal 1994, n° 40, comm., 1684. p 1451 concl. J. FELMY. – Cette thèse est préconisée par certains auteurs, B. PLAGNET, « *Les charges financières dues aux prélèvements de l'exploitant* » : BF Lefebvre, 7/92, p. 462 : selon cet auteur, la déductibilité des charges financières est indépendante de l'existence du solde débiteur ou créditeur du compte de l'exploitant. Ces prélèvements devaient se faire rémunérer à l'entreprise sous forme d'intérêts. Cependant, cette solution, qui aurait permis une séparation des patrimoines de l'entreprise et de l'exploitant, est abandonnée par la jurisprudence du Conseil d'État.

l'exploitant mettent l'entreprise en situation d'endettement net »¹⁶³¹. Cette solution a l'avantage « *d'être équitable (...) en assurant la neutralité fiscale* » et en empêchant l'entrepreneur de constituer ou d'alimenter sa trésorerie personnelle au détriment de son entreprise. Celui-ci doit dès lors recourir à des emprunts pour couvrir ses besoins d'investissement. En outre, cette solution permet « *de préserver l'unicité du patrimoine de l'exploitant* »¹⁶³². Il est ainsi confirmé que l'exploitant individuel ne peut fiscalement se prêter de l'argent dans un sens ou dans un autre.

432. De même encore, le principe d'unité d'imposition est retenu par la Cour de cassation en matière d'impôt de solidarité sur la fortune. C'est le cas d'un commerçant qui, en cours d'exercice, place des sommes provenant de l'exploitation dans l'assiette de son patrimoine soumis à l'ISF, mais enregistre ces excédents de trésorerie comme une dette égale au montant du placement. Ce procédé aboutissait à exonérer ces sommes de l'impôt. La Cour de cassation n'attache pas d'effet juridique aux affectations de biens au sein du patrimoine unique et aux conséquences fiscales qui en sont tirées. Puisque le critère retenu est celui de l'affectation, la Cour de cassation considère que les liquidités constituant la trésorerie au cours d'exercice sont affectées nécessairement à l'exploitation et constituent donc des biens professionnels, un placement ne lui faisant pas perdre ce caractère. Elle décide en effet que « *le régime des biens professionnels en matière d'impôt de solidarité sur la fortune ne prévoit pas de dérogation aux règles du droit civil sur l'unicité du patrimoine. Il s'ensuit que le contribuable ne peut faire apparaître au passif de son patrimoine personnel des dettes correspondant à des avances qu'il devait restituer à son entreprise* »¹⁶³³. La Cour de cassation tirant toutes les conséquences du principe d'unicité du patrimoine reprend en effet la solution dégagée en matière d'IGF (impôt sur les grandes fortune) où elle avait décidé que « *lorsque ces liquidités sont considérées par le contribuable comme ayant été appréhendées en vue d'un placement à caractère privé, il ne peut être admis qu'il existe une dette et une créance réciproques au sein du patrimoine unique de l'exploitant, et le montant des sommes ainsi placées ne peut être déduit de l'actif taxable au titre de l'IGF. Il ne peut non plus être déduit une somme censée représenter le montant de l'impôt sur le revenu afférent aux sommes placées* »¹⁶³⁴.

433. En définitive, conformément à l'unité du patrimoine, l'entrepreneur doit répondre de ses dettes et, en l'occurrence, des dettes fiscales afférentes à la gestion de l'entreprise, sur l'ensemble de ses biens. Ce n'est pas l'entreprise qui est le débiteur de l'impôt, c'est l'entrepreneur en tant que personne physique qui devra payer

¹⁶³¹ F. LOLOUM, conclusion sous Cons. État, 9^e et 8^e sous-section., 13 nov. 1998 : Dr. fiscal, 1999, n° 43, comm., 780, p. 1332.

¹⁶³² F. LOLOUM, conclusion sous Cons. État, 9^e et 8^e sous-section., 13 nov. 1998 : Dr. fiscal, 1999, n° 43, comm., 780, p. 1332.

¹⁶³³ Cass. com., 3 juin 1998: RJF 8-9/98 n° 1038. p. 718, obs. P. ROUDAUT ; Dr. fiscal 1998, n° 1122, p. 1568.

¹⁶³⁴ Cass. com., 10 juillet 1989 : RJF 11/1989, n° 1291, p. 665.

l'impôt sur le revenu non seulement sur les seuls résultats de l'entreprise, mais aussi sur son revenu global et familial à l'intérieur duquel les BIC ne sont qu'une catégorie de revenus parmi d'autres¹⁶³⁵.

Ainsi, la théorie de l'unicité du patrimoine ne permet pas à un exploitant d'être à la fois propriétaire et locataire, prêteur et emprunteur, employeur et salarié¹⁶³⁶. Faute d'existence d'un passif propre de l'entreprise, celle-ci reste dans le patrimoine de l'exploitant. Et l'on peut affirmer avec M. KETCHEDJIAN qu'« *il est erroné de penser que le droit fiscal peut se fonder sur des notions juridiques encore inconnues des autres branches de droit ou donner une interprétation spécifique des notions en vigueur dans le reste du droit lorsqu'il s'agit d'appréhender le sujet du droit et son patrimoine, cette façon de penser est d'ailleurs significative d'une certaine incompréhension doctrinale de la logique fiscale* »¹⁶³⁷. De surcroît, le droit fiscal ne reconnaît pas un principe général d'autonomie fiscale de l'entreprise dans l'ensemble de ses branches.

§ 2. L'absence d'un principe général d'autonomie fiscale de l'entreprise individuelle

434. Pour que l'on puisse reconnaître l'autonomie fiscale de l'entreprise individuelle, il faudrait que cette dualité du patrimoine soit admise de façon générale par l'ensemble des branches du droit fiscal. Or la distinction présentée par la doctrine entre patrimoine privé et patrimoine commercial ne vaut pas dans toutes les branches du droit fiscal. La reconnaissance d'un patrimoine autonome de l'entreprise individuelle, en effet, repose entièrement sur la théorie du bilan exprimée par l'article 38.2 du Code général des impôts. En revanche, au-delà des effets prévus par ce texte, la notion de patrimoine distinct perd toute consistance. Ainsi les impôts à connotation patrimoniale ignorent la distinction fiscale des patrimoines civil et commercial.

435. Le droit de l'enregistrement, branche du droit fiscal qui est la plus patrimoniale, ignore la distinction entre patrimoine commercial et patrimoine civil¹⁶³⁸. Dans ce domaine, l'administration fiscale s'attache au principe de l'unité du patrimoine de l'exploitant personne physique. En effet, le changement d'affectation comptable d'un bien, c'est-à-dire, le transfert d'un bien d'un patrimoine à un autre, devrait être analysé comme une cession et entraîner la perception d'un droit d'enregistrement. Or, l'administration de l'enregistrement ne réclame ni la

¹⁶³⁵ P. SERLOOTEN, « *De la prétendue personnalité fiscale de l'entreprise individuelle* » : D. 1984, chron., 175.

¹⁶³⁶ Cons. État, 8^e et 9^e sous-section, 8 juillet 1998 : Defrénois 1999, n° 36967, p. 474, note, A. CHAPPERT.

¹⁶³⁷ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 488.

¹⁶³⁸ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 415 et s. - N. MATHEY, « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II. p. 399.

perception du droit d'apport lors de l'inscription d'un bien au bilan d'une entreprise individuelle ni celle d'un droit de mutation à l'occasion de son retrait de l'actif. En réalité, il n'est pas question d'une cession à titre onéreux car le passage d'un bien d'une masse à une autre se fait sans contrepartie. Le bien cesse purement et simplement de figurer au bilan, sans autre modification de celui-ci et sans être remplacé par aucune autre valeur. Le transfert d'un bien ne peut non plus être analysé comme une cession à titre gratuit puisqu'il ne traduit pas une intention libérale envers un tiers¹⁶³⁹.

436. De même, la distinction du patrimoine civil et du patrimoine commercial n'a pas un champ d'application illimité même au sein des impôts directs. Au regard de la contribution foncière, les immeubles inscrits à l'actif d'une entreprise restent la propriété de l'entrepreneur. Plus précisément, la contribution foncière des propriétés bâties ou non bâties est établie au nom du propriétaire et s'étend à tous les immeubles indépendamment de leur affectation¹⁶⁴⁰.

437. De même encore, en matière de TVA, la théorie du bilan n'est d'aucun secours. La détermination de l'opération imposable n'est pas liée à l'inscription du bien à l'actif du bilan de l'entreprise, elle s'apprécie uniquement à partir du critère matériel permettant de justifier l'utilisation du bien pour les besoins de l'activité commerciale. En matière de TVA, la détermination de l'opération imposable ne suppose pas, comme en matière d'impôt sur le revenu, la comparaison de deux bilans successifs. Cette solution ne permet pas de soutenir la dualité du patrimoine du contribuable. En revanche, il a été soutenu que cette dualité du patrimoine peut se retrouver avec la notion de livraison à soi-même¹⁶⁴¹. La livraison à soi-même est l'opération par laquelle une personne obtient un bien ou une prestation de services à partir de biens, éléments ou moyens, lui appartenant. La loi déclare expressément les livraisons à soi-même imposables à la TVA. La théorie de la livraison à soi-même, destinée à réaliser une égalité des redevables, permet de frapper une livraison opérée par un contribuable à son profit du même impôt que si elle avait été effectuée par un tiers. Encore faut-il préciser que la seule hypothèse de livraison à soi-même qui a permis de soutenir une dualité des patrimoines est celle de l'autofabrication de biens, à l'exclusion de l'autoconsommation de biens ou services et de l'autofabrication de

¹⁶³⁹ P. SERLOOTEN, « *De la prétendue personnalité fiscale de l'entreprise individuelle* » : D. 1984, chron., p. 175.

¹⁶⁴⁰ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 469 et s. Spécialement p. 425 et s : en effet, cette règle qui trouve son fondement même dans la théorie du bilan a pour but d'éviter un double imposition des mêmes revenus entre les mains d'un même contribuable, ou d'éviter un double déduction de la valeur locative des immeubles affectés à l'exploitation. Tout se passe en réalité comme si les immeubles n'étaient pas affectés à l'exploitation.

¹⁶⁴¹ M. LETOURNEUR, « *L'évolution de la jurisprudence fiscale du Conseil d'État depuis 1940* » : JCP G 1945, I, 481.

services¹⁶⁴². Ces derniers cas ne sont pas imposables à la TVA. Pourtant, il n'est pas question de dualité des patrimoines, la soumission ou la non-soumission à la TVA est fondée sur des justifications de neutralité fiscale et destinée à éviter des distorsions de concurrence. D'ailleurs, toutes les solutions édictées en matière de TVA relèvent de telles justifications, qu'il s'agisse de la notion de secteur d'activité distinct imposable¹⁶⁴³ ou de l'exonération de la TVA dans certains cas afin d'éviter le cumul d'imposition avec d'autres impositions spécifiques¹⁶⁴⁴.

438. Enfin, la dualité du patrimoine est encore ignorée en matière de taxe professionnelle. La taxe professionnelle a pour base la valeur locative des immobilisations corporelles¹⁶⁴⁵. L'inscription au bilan n'a aucune conséquence sur le calcul de la taxe¹⁶⁴⁶. La base de l'imposition est donc celle de l'utilisation du bien pour l'activité professionnelle. La taxe professionnelle est établie au nom de la personne qui exerce l'activité imposable. Le bien est imposé une seule fois pour un seul redevable¹⁶⁴⁷.

Les limites du champ d'application de la distinction sont particulièrement significatives. La distinction qu'opère le droit fiscal ne traduit pas une conception fiscale autonome de l'entreprise à connotation patrimoniale, mais une distinction fonctionnelle qui s'explique de manière générale par l'économie du système fiscal français, et plus particulièrement par celle de l'impôt sur le revenu¹⁶⁴⁸.

439. Conclusion de la section 2. L'obstacle à la reconnaissance d'une dualité de patrimoines consiste dans l'absence d'un passif propre de l'entreprise en droit fiscal. L'autonomie patrimoniale est ou n'est pas. Il est confirmé que l'entrepreneur reste le seul redevable de l'impôt¹⁶⁴⁹. Si dans certaines circonstances, on a pu

¹⁶⁴² P. SERLOOTEN, article préc. – P. SERLOOTEN, « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd., 2011-2012, n° 940, p. 542 : il est admis que les prélèvements effectués pour les besoins privés normaux du chef de l'entreprise individuelle ne sont pas imposables. Il est considéré que de tels prélèvements ne perturbent pas la concurrence.

¹⁶⁴³ A. PERROT, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. La société unipersonnelle* », thèse, Paris 1, 1991, p. 81.

¹⁶⁴⁴ Ainsi, le droit d'enregistrement est incompatible avec la TVA de telle sorte qu'une opération soumise aux droits d'enregistrement n'est pas soumise à la TVA (vente de fonds de commerce) et inversement une mutation taxée par la TVA se trouve exonérée des droits d'enregistrement.

¹⁶⁴⁵ Article 1467 CGI.

¹⁶⁴⁶ P. SERLOOTEN, article préc.

¹⁶⁴⁷ X. FRANÇOIS-LECLANCHE, « *La règle de l'unicité d'imposition en matière de taxe professionnelle* » : BF Lefebvre 2000, n° 5, p. 286.

¹⁶⁴⁸ D. KETCHEDJIAN, op. cit., p. 451 et s.

¹⁶⁴⁹ G. BLANLUET, « *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherche au confluent du droit fiscal et du droit civil* », LGDJ., 1999, Préface P. CATALAT et M. COZIAN, n° 313 et n° 342. – B. VILLANT, « *La notion de l'entreprise en droit fiscal des affaires* », thèse, Toulouse, 1996. – N. MATHEY, thèse, op., cit., p. 400 : 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 impôts. – D. LEFEBVRE, E. MOLLARET-LAFORE, C. GUITER, C. ROBBEZ

prétendre que le droit fiscal distingue deux masses de biens au sein du patrimoine général de l'exploitant individuel, il n'en demeure pas moins que cette distinction est fondée sur des finalités propres au droit fiscal tendant à éviter une double imposition ou une absence de l'imposition en raison de l'existence de différentes catégories de revenus. La solution est justifiée par la protection de tous les intérêts en présence, ceux du contribuable et ceux du fisc. Il n'est pas nécessaire de recourir à la notion de dualité de patrimoines, car les solutions de la loi et de la jurisprudence fiscale, vues dans cette perspective, peuvent paraître contradictoires. Malgré l'apparence de l'existence d'une dualité du patrimoine, le droit fiscal est fondé sur l'unité de l'imposition sur le revenu qui est elle-même fondée sur l'unité du patrimoine¹⁶⁵⁰.

Section 3. L'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise en droit des procédures collectives

440. La loi de 1985 relative au redressement et liquidation judiciaire des entreprises personnifiait ou consacrait, à certains égards, au moins linguistiquement, une autonomie patrimoniale de l'entreprise. Dès son article 1^{er}, la loi de 1985 (art. L. 620-1 du Code de commerce) énonçait que l'objectif premier de cette loi est « *la sauvegarde de l'entreprise* »¹⁶⁵¹. L'article 18 de loi de 1985 (devenu l'article L. 623-1 C. com.) précise qu'il est dressé un rapport du « *bilan économique et social de l'entreprise* ». À propos des mesures conservatoires, l'article 26 (art. L. 622-4 C. com.) évoque la conservation des droits de l'entreprise. Plus surprenant encore était l'intitulé du chapitre 3 du titre 1^{er} de la loi de 1985 : « *Du patrimoine de l'entreprise* », et l'article 3 (art. L. 631-1 C. com.), à propos de la cessation des paiements, disposait que « *La procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute entreprise, mentionnée à l'article L. 620-2, qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »¹⁶⁵².

MASSON, « *Droit et entreprise, aspects juridiques, sociaux, fiscaux* », PUG., 8^e éd., 2001-2002, n° 719, p. 599 : si en droit commun, l'entreprise individuelle n'a pas une personnalité juridique distincte de celle de l'exploitant, en droit fiscal et comptable, en revanche, celle-ci dispose d'une « petite personnalité fiscale », laquelle n'est cependant pas suffisante pour en faire un redevable à part entière de l'impôt. La personne redevable aux BIC est donc le chef de l'entreprise lui-même, les bénéfices de son entreprise venant s'ajouter, au titre des bénéfices industriels et commerciaux, aux autres revenus (revenus fonciers, revenus de capitaux mobiliers, traitements et salaires, ...).

¹⁶⁵⁰ Article 1 CGI.

¹⁶⁵¹ Actuellement, dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 l'article L. 620-1 dispose que « *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».

¹⁶⁵² En effet, les articles L.621-1 et L.622-1 (articles 3 et 148 de la loi du 25 janvier 1985) relatifs respectivement à l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire, visaient « *toute entreprise mentionnée à l'article L.620-2* », alors que l'article L.620-2 (article 2 de la loi du 25 janvier 1985, nouv. Réf., art. L. 631-2, C. com.) auquel il est ainsi renvoyé mentionne en réalité des personnes, puisqu'il disposait que « *le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à tout commerçant, à tout artisan, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé* ».

Toutefois, la doctrine n'a pas manqué de souligner que la référence à la notion d'entreprise était, en réalité, dépourvue d'une véritable portée juridique¹⁶⁵³. Il ne s'agit que d'une apparence terminologique ou d'une commodité de langage et non d'une notion révolutionnant le droit positif¹⁶⁵⁴. « *Les textes et la loi de 1985 contiennent trop d'erreurs manifestes de rédaction pour que l'on puisse sérieusement déduire une révolution juridique d'une quelconque virgule (sans doute due au hasard)* »¹⁶⁵⁵. Actuellement, ces erreurs de rédaction sont corrigées : d'une part, l'intitulé « *Du patrimoine de l'entreprise* » susmentionné est remplacé, au chapitre IV du titre II relatif à la sauvegarde, par l'intitulé « *De la détermination du patrimoine du débiteur* ». D'autre part, l'article L. 631-1, concernant la cessation des paiements, dispose actuellement qu'« *Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements* »¹⁶⁵⁶.

Hormis l'exception de l'EIRL¹⁶⁵⁷, le droit des procédures collectives est toujours calqué sur le patrimoine unique d'une personne. Certes, l'évolution législative a accru la prise en compte de la sauvegarde et de la continuité de l'entreprise, mais il s'agit d'une appréhension économique de celle-ci et qui n'a pas

¹⁶⁵³ Sur cette question V. également : M. JEANTIN et P. LE CANNU, « *Droit commercial* », Dalloz, 6^e éd. 2003, n° 636, p. 432, et n° 807, p. 565. – F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, « *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises* », Dalloz-Sirey, 1991, n° 365. – F. DERRIDA, « *Le patrimoine professionnelle de l'entreprise, mythe ou réalité au regard du droit du redressement judiciaire ?* » : Petites affiches, 13 mai 1987, p. 5. – C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *La gestion de l'entreprise* », In *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaires des entreprises* : RTD com., 1986, n° spécial, p. 37 et s. – P. DIENER, « *Quelques réflexions critiques a propos de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises* » : D. 1986, chron., p. 123. – J. J. DAIGRE, « *L'entreprise pendant la phase d'observation* » : RJ com., 1987, n° spéc. p. 14. – D'autant plus que le contenu de la notion de l'entreprise varie selon l'option fondamentale de la procédure de redressement : plan de continuation ou de cession : B. SOINNE, « *"l'entreprise" et les lois de 1984 et de 1985* » : Rev. proc. coll., mars 2002, n° 1, p. 19. – V. également, P. LE CANNU, « *La notion juridique de l'entreprise dans les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985* », Petites affiches, 14 mai 1986, n° 58, p. 19 : dans les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, l'entreprise est d'abord un mot. Très rapidement, il apparaît au lecteur que ce mot n'est pas toujours employé avec la même signification.

¹⁶⁵⁴ P. PÉTEL: JCPE, 1992, I, 136. p. 166, n° 3.

¹⁶⁵⁵ F. PEROCHON, R. BONHOMME, « *Entreprises en difficulté, Instrument du crédit et de paiement* », LGDJ, 4^e éd., 1999, n° 169, p. 156. – de même, alors que l'article Cette contradiction est constante dans la loi. Par exemple, l'article alors que l'article 152 (art. L. 641-9, ancien. Réf. L. 622-9, C. com.) prévoit « *le dessaisissement pour débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit* », l'article 156 de la loi de 1985 (art. L. 642-19, ancien. Réf. L. 622-18, C. com.) prévoit la vente des autres biens de l'entreprise (B. SOINNE, « *L'entreprise" et les lois de 1984 et de 1985* » : Rev. proc. coll., mars 2002, n° 1, p. 19). Actuellement ce dernier article prévoit la vente des autres biens du débiteur. – De même encore, l'article 27 de la loi du 25 janvier 1985 (article L.621-18, C. com.) précisait qu'« *il est procédé à l'inventaire des biens de l'entreprise dès l'ouverture de la procédure* ». Actuellement, l'article 622-6 précise que « *Dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire et réalisé une prise du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent* » (V. également, l'article L. 631-9 et L. 631-14, C. com.).

¹⁶⁵⁶ V. aussi, pour la procédure de sauvegarde, les articles L. 620-1 et L. 620-2, al. 1^{er}, pour la liquidation judiciaire, les articles L. 640-1 et L. 640-2 al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁶⁵⁷ Articles L. 620-2, al. 2, L. 631-2, al. 2 et L. 640-2 al. 2 du Code de commerce

pour effet la consécration d'une notion juridique de l'entreprise. La théorie de l'unité du patrimoine est, en réalité, au cœur du dispositif de la loi du 25 janvier 1985 et se manifeste en ce qui concerne tant les causes (§ 1) que les effets (§ 2) du jugement déclaratif des procédures collectives.

§1. Les causes d'ouverture de la procédure, obstacles à l'autonomie patrimoniale de l'entreprise

441. Avant la loi de 1967, la faillite étant une institution spécifique au droit commercial, la jurisprudence considérait que la cessation des paiements ne pouvait être retenue que si elle consistait dans le défaut de paiement des dettes commerciales ; le refus de paiement d'une dette civile n'entraînait pas la faillite¹⁶⁵⁸. En effet, alors que la doctrine soutenait qu'un créancier civil pouvait se prévaloir du défaut de paiement par le débiteur de dettes commerciales¹⁶⁵⁹, la jurisprudence, quant à elle, considérait que le créancier d'une dette de nature civile pouvait sans doute provoquer l'ouverture de la procédure, mais que sa demande ne pouvait aboutir que s'il établissait que le débiteur ne payait pas ses dettes commerciales¹⁶⁶⁰.

Cette solution, qui aurait pu engendrer une brèche conduisant à une séparation entre dettes commerciales et civiles d'un commerçant, a néanmoins été remise en cause. D'une part, elle a été rendue inutile par l'admission des personnes morales de droit privé non commerçantes et de toute entreprise ayant une activité économique non commerciale, telle l'exploitation agricole ou les professions libérales, à bénéficier des procédures de redressement. D'autre part, outre qu'elle était peu en accord avec la notion de cessation de paiement, qui est économique et non juridique, la distinction entre dettes commerciales et civiles a suscité de grandes difficultés d'application¹⁶⁶¹.

442. Avec la loi de 1967, qui avait introduit une innovation en la matière, la procédure collective pouvait être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que

¹⁶⁵⁸ G. RIPPET. R. ROBOLOT, « *Traité de droit commercial* », tome 2, LGDJ., 17 éd, 2004, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, n° 2874, p. 884.

¹⁶⁵⁹ A. HONORAT : D. 1993, somm., p. 366. – M. DELMAS, « *Le non paiement des dettes civiles et la cessation des paiements* » : RTD com., 1970, p. 641.

¹⁶⁶⁰ G. RIPPET. R. ROBOLOT, « *Traité de droit commercial* », tome 2, LGDJ., 17 éd, 2004, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, n° 2874, p. 884. – M. DELMAS, « *Le non paiement des dettes civiles et la cessation des paiements* » : RTD com., 1970, p. 641.

¹⁶⁶¹ Les créances de la sécurité sociale, étaient considérées comme créances de nature commerciale, car bien qu'ayant un régime légal, elles sont dues à l'occasion du travail fourni par le personnel de l'entreprise commerciale : Cass. com., 27 mai 1957 : D. 1957, jur., p. 428 ; JCPG 1957, II, 10075, obs. J. NECTOUX. – Cass. com. 24 mai et 16 juillet 1967 : RTD com., obs. R. HOUIN. – J. NECTOUX, « *Du droit pour les caisses de sécurité sociale de provoquer la faillite de leurs débiteurs commerçants* » : Gaz. Pal., 1957, 2, Doctrine, p. 17. – En même temps, les dettes d'impôts, était considérées comme civiles et ne pouvait provoquer la faillite : Cass. com., 17 mars 1958 : JCP G 1959. 2. 10915, note J. NECTOUX. – Cass. civ. 3^e, 19 décembre 1962 : Bull. civ. III, n° 524.

soit la nature de sa créance (article 2 al. 1). Autrement dit, la nature juridique de la dette importait peu pour déterminer la cause de l'ouverture de la procédure collective. Tous les créanciers d'un commerçant, personne physique ou morale, quelle que soit la nature de leur créance, commerciale ou civile, pouvaient provoquer l'ouverture de la procédure collective à l'encontre de leur débiteur¹⁶⁶². La loi de 1985 a reproduit exactement la même disposition¹⁶⁶³. Selon l'article 4 de la loi du 25 janvier 1985, « *La procédure peut également être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance* » (aujourd'hui articles L. 631-5, al. 2, et L. 640-5, al. 2, C. com.). Cela montre que l'évolution du droit des procédures collective ne tend pas à remettre en cause la notion d'unité du patrimoine et l'ensemble de la loi de 1985 est fondé sur l'existence et la présence d'une personne physique ou morale¹⁶⁶⁴. La Cour de cassation a toujours confirmé que le défaut de paiement d'une dette quelconque, civile ou commerciale, permet le déclenchement du redressement ou la liquidation judiciaire¹⁶⁶⁵. Ainsi, dans un arrêt du 22 juin 1993, la haute juridiction a déclaré très nettement que « *c'est à bon droit qu'en application du principe de l'unité du patrimoine, une Cour d'appel, pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire, retient qu'une dette, de nature civile, contractée par le débiteur antérieurement à l'exercice de son activité commerciale, continue à grever son patrimoine depuis qu'il est devenu commerçant et que la nature de cette dette importe peu dès lors qu'à la date de l'ouverture de la procédure collective, il a effectivement la qualité de commerçant* »¹⁶⁶⁶.

Cette solution, qui doit être appliquée à la saisine d'office, s'impose, en effet, avec l'extension des procédures collectives aux personnes morales non commerçantes, puis aux artisans et agriculteurs et doit être considérée comme une condition de fond de l'ouverture de la procédure¹⁶⁶⁷.

443. Ainsi, dans sa rédaction issue de la loi de 2005 (ancien art. L. 621-1 C. com., article 3 de la loi de 1985), l'article L. 631-1 du Code de commerce, définissant la cessation des paiements, ne fait plus référence à la notion d'entreprise, mais au

¹⁶⁶² Aix-en-Provence 22 mai 1969 : JCP G 1970, II, 16174, note J.-P. SORTAIS. – R. HOUIN, « *Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle et plan de redressement* », RTD com., 1970, p. 487, spéc. p. 495, n° 11. – Trib. com. Meaux, 9 novembre 1971 : Rev. sociétés 1973, p. 152, note J. G.

¹⁶⁶³ M. JEANTIN et P. LE CANNU, « *Droit commercial* », Dalloz 6^e éd., 2003, n° 595. p. 408. – J.-Y. CHEVALLIER, « *Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives* », in *Faillites*, ouvrages collectif sous la direction de R. RODIÈRE, Dalloz 1970, p. 78. – M. DELMAS, « *Le non paiement des dettes civiles et les cessations des paiements* » : RTD com., 1970, 641.

¹⁶⁶⁴ B. SOINNE, « *"l'entreprise" et les lois de 1984 et de 1985* » : Rev. proc. coll., mars 2002, n° 1, p. 19.

¹⁶⁶⁵ Cass. com., 3 février 1998 : D. Affaires 1998, chron., n° 107, p. 383, obs. V. A.-R. – G. TEILLIAIS, « *Procédure collective et créance civile* », à propos de Cass. com., 3 février 1998 : Petites affiches, 28 juillet 1999, n° 149, p. 26. – Cass. com., 4 février 2000 : Rev. proc. coll., mars 2002, n° 1, p. 51, obs. J.-M. DELENEUVILLE. – Cass. com., 23 janvier 1968 : RTD com., 1968, obs. R. HOUIN, p. 1134.

¹⁶⁶⁶ Cass. com., 22 juin 1993 : Bull. civ. IV, n° 264; D. 1993, IR, p. 366, obs. A. HONORAT.

¹⁶⁶⁷ G. RIPPET. R. ROBOLOT, « *Traité de droit commercial* », tome 2, LGDJ., 17 éd, 2004, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, n° 2874, p. 884.

débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. En outre, la notion de passif exigible est une notion économique qui n'est ni comptable¹⁶⁶⁸ ni juridique. Le tribunal prend en compte non seulement le patrimoine personnel de l'entrepreneur¹⁶⁶⁹ mais aussi des éléments qui n'entrent pas dans le patrimoine de l'entreprise comme l'obtention de concours bancaire. En effet, ce qui caractérise la notion de cessation des paiements, c'est un problème de trésorerie. C'est l'absence de disponibilités immédiates suffisantes pour payer le passif échû, en d'autres termes, l'impossibilité d'obtenir le moindre concours (bancaire notamment) pour faire face à une échéance¹⁶⁷⁰. C'est pourquoi une dette unique permet de caractériser la cessation des paiements, peu important en revanche le nombre et le montant des dettes impayées, en valeur absolue ou relative, ou bien leur nature civile ou commerciale, contractuelle ou délictuelle, et cette solution est pleinement justifiée par le principe de l'unité du patrimoine¹⁶⁷¹.

444. De même, le régime des nullités de la période suspecte des articles 107 et 108 de la loi de 1985 (art. L. 632-1 et L. 632-2 C. com.) doit appréhender tous les actes de la période suspecte, qu'ils concernent le patrimoine personnel ou le prétendu patrimoine de l'entreprise¹⁶⁷². De même encore, les effets du jugement d'ouverture d'une procédure collective confirment le principe d'unicité du patrimoine.

§2. Les effets du jugement d'ouverture, obstacles à l'autonomie patrimoniale de l'entreprise

445. Puisque la finalité de la procédure est l'apurement du passif, il est nécessaire d'en fixer le montant et donc de recenser les créances existant contre le débiteur. Ainsi, tous les créanciers, à l'exception des salariés, doivent déclarer leurs créances. Il n'est pas question de distinction entre créanciers personnel ou créanciers de l'entreprise, tous les créanciers sont soumis au principe d'égalité¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁸ Cass. com. 22 juin 1999 : Rev. proc. coll., mai 2002, n° 2, p. 52, obs. J.-M. DELENEUVILLE : « *la notion de cessation des paiements n'est pas une notion comptable* ».

¹⁶⁶⁹ B. SOINNE, « *L'entreprise" et les lois de 1984 et de 1985* » : Rev. proc. coll., mars 2002, n° 1, p. 19. - G. TEILLIAIS, « *Procédure collective et créance civile* », à propos de Cass. com., 3 février 1998 : Petites affiches, 28 juillet 1999, n° 149, p. 26.

¹⁶⁷⁰ Dans ce sens, la notion de cessation des paiements se distingue de l'insolvabilité. Le fondement d'une telle conception serait, semble-t-il, d'assurer le respect scrupuleux de l'échéance sur lequel repose toute la sécurité du commerce. On sanctionne le non-paiement d'une dette échûe parce qu'il constitue le signal d'alarme et risque d'entraîner d'autres défaillances chez les créanciers, par une sorte de réaction en chaîne : M. DELMAS, « *Le non paiement des dettes civiles et les cessations des paiements* » : RTD com. 1970, 641.

¹⁶⁷¹ F. PEROCHON, R. BONHOMME, « *Entreprises en difficulté, Instrument du crédit et de paiement* », LGDJ., 8^e éd., 2009, n° 164, p. 137.

¹⁶⁷² A. MARTIN-SERF : RTD com. 1992, p. 686.

¹⁶⁷³ Cass. civ. 11 mars 1913 : D. 1914. I, 185, note P. PIC ; Cass. com. 19 janvier 1988 : D. 1988, p. 565, note J.-P RÉMERY. - A. MARTIN-SERF et J.-L. VALLENS, « *L'unité du patrimoine et l'universalité de la faillite* » : RTD com., 2003, p. 169, n° 7, à propos de Cass. 1^{er} civ., 19 novembre 2002.

446. Toutefois, la question de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise s'est posée à propos du contenu et du domaine des pouvoirs conférés à l'administrateur, en cas de redressement judiciaire de l'entreprise. D'une part, le législateur a restreint de façon nuancée les pouvoirs du débiteur dans l'administration de son entreprise, ce qui peut engendrer une dissociation entre l'entreprise et le reste du patrimoine de l'entrepreneur. D'autre part, deux textes ont donné lieu à des incertitudes et semblent introduire une surprenante distinction entre le patrimoine personnel du débiteur et le patrimoine de l'entreprise. L'article 622-1 du Code de commerce (ancien art. L. 621-22, ancien art. 31 de la loi 1985), qui définit le contenu de la mission de l'administrateur, vise en effet l'administration de l'entreprise, tandis que l'article L. 622-3 du Code de commerce (ancien art. L. 621-3, ancien art. 32, al. 1^{er}, de la loi 1985) évoque au contraire le patrimoine du débiteur : « *le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* ». Selon une interprétation large, le débiteur conserve ainsi sur son patrimoine tout pouvoir de disposition et d'administration alors que, s'agissant du patrimoine de l'entreprise, ses pouvoirs sont fonction de ceux qui sont attribués à l'administrateur. Il en résulte également que l'administrateur n'a de pouvoir que sur le patrimoine de l'entreprise. La question ne se pose, en effet, que pour le débiteur personne physique, qui est propriétaire à la fois de biens professionnels et de biens à affectation personnelle ou familiale¹⁶⁷⁴.

Toutefois, il est toujours admis que, loin de consacrer à la sauvette une véritable dissociation patrimoniale de l'entreprise individuelle, le texte de l'article L. 622-3, alinéa 1^{er} (ancien art. L.621-23 C. com.), doit être lu comme formant un tout, sans dissocier les deux membres de phrase dont il est composé : il réserve au seul débiteur l'accomplissement des actes d'administration et de disposition qui n'ont pas été confiés à l'administrateur en application de l'article L. 622-1 du Code de commerce (ancien article L. 621-22)¹⁶⁷⁵. En effet, « *le principe de l'unité du patrimoine condamne de telles distinctions : les pouvoirs de l'administrateur peuvent s'exercer sur tout le*

¹⁶⁷⁴ P. DIENER, « *Quelques réflexions critiques à propos de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises* » : D. 1986, chron. p. 123.

¹⁶⁷⁵ M. JEANTIN et P. LE CANNU, « *Droit commercial* », Dalloz 6^e éd. 2003, n° 636, p. 423. – V. également, P. DIENER, « *Quelques réflexions critiques à propos de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises* » : D. 1986, chron. 125 : la solution contraire aurait permis au débiteur de profiter de la période d'observation pour se fabriquer une insolvabilité sur mesure et sans risques. Les créanciers n'auraient plus d'autres protections que dans leurs sûretés et dans l'action paulienne. – J.-J. DAIGRE, « *L'entreprise pendant la phase d'observation* », RJ com., n° spéc. 1987, p.15. – C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *La gestion de l'entreprise* » : RTD com., n° spéc. 1986. p. 46. – F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, « *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises* », Dalloz-Sirey, 1991, n° 365 et n° 373, p. 249. – F. DERRIDA, note sous 27 novembre 1991 : D. 1992. 81 : même si les activités professionnelles peuvent obéir à des règles différentes selon leur objet (compétence, preuve, etc.), elles ne sauraient donner naissance à des « patrimoines professionnels » indépendants, ayant chacun son régime propre.

patrimoine du débiteur, que les biens soient ou non affectés à l'entreprise. La solution contraire serait évidemment contraire aux intérêts de l'entreprise qui peut avoir besoin pour son redressement de tous les biens, mêmes personnels du débiteur »¹⁶⁷⁶. De même, lorsque le débiteur est marié sous un régime de communauté, les pouvoirs de l'administrateur, qui peuvent naturellement s'exercer sur les biens propres du débiteur, s'exercent également sur les biens communs : en effet, ces biens répondent des dettes de chacun des époux (art. 1413 C. civ.) et donc, en l'occurrence, de celles du débiteur ; ils font partie du gage de ses créanciers¹⁶⁷⁷. Selon C. SAINT-ALARY-HOUIN, désormais, le débat est clos : « *le débiteur ne dispose que des pouvoirs qui ne sont pas attribués à l'administrateur judiciaire, sous réserve, bien sûr, des droits personnels qui ne sont pas reconnus à cet administrateur* »¹⁶⁷⁸

447. Cette solution s'impose d'autant plus que, pendant la période d'observation, l'article L. 622-7, du Code de commerce (ancien art. L. 621-24, ancien art. 33 de la loi de 1985), pose le principe selon lequel « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». L'interdiction du paiement des créances antérieures est traditionnellement commandée par le principe d'égalité entre créanciers chirographaires, et à cette raison fondamentale s'ajoute le souci de faciliter le financement de la période d'observation. Cette règle commande aussi, conformément à l'article L. 622-21 du Code de commerce (ancien art. L. 621-40, ancien art. 47 de la loi de 1985), l'arrêt des poursuites individuelles de la part de tous les créanciers. L'interdiction, qui s'adresse au chef de l'entreprise comme à l'administrateur, concerne, conformément au principe d'unicité du patrimoine, toutes les créances antérieures, échues ou non échues, privilégiées ou chirographaires, relatives ou non à l'entreprise¹⁶⁷⁹. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a déclaré très nettement qu'« *en vertu du principe d'unicité du patrimoine, les effets du jugement d'ouverture de la procédure collective s'étendent à l'intégralité du patrimoine du débiteur, patrimoine professionnel et patrimoine personnel*», dans lequel se trouve le bien commun¹⁶⁸⁰. Cette solution ne fait

¹⁶⁷⁶ F. PEROCHON, R. BONHOMME, « *Entreprises en difficulté, Instrument du crédit et de paiement* », LGDJ, 4^e éd., 1999, n° 169, p.156.

¹⁶⁷⁷ F. PEROCHON, R. BONHOMME, « *Entreprises en difficulté, Instrument du crédit et de paiement* », LGDJ., 8^e éd., 2009, n° 257, p. 248 et s. – Cass. com., 22 juin 1993 : D. 1993, p. 167, obs. A. HONORAT.

¹⁶⁷⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *Droit des entreprises en difficultés* », Montchrestien, 6^e éd., 2009, n° 520, p. 308.

¹⁶⁷⁹ La solution était différente au XIX^e siècle : Req., 23 août 1853 : D. P. 1855, 1, 59.

¹⁶⁸⁰ Versailles, 15 janvier 1998: D. Affaires 1998, p. 915. – V. également : Cass. com., 19 février 2002 : RTD com., p. 376, obs. A MARTIN-SERF et J.-L VALLENS ; D. 2002, jur., n° 11, p. 958, obs. A. LIENHARD ; Dr. et Patrimoine, mai 2002, n° 104, p. 85, obs. D. HOUTCIEFF – V. aussi, Cass. 1^{er} civ., 19 novembre 2002, préc., Dans cet arrêt la Cour de cassation consacre le principe de la universalité de la faillite fondée elle-même sur l'unité du patrimoine : « *sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires non applicables en l'espèce, et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers, le redressement judiciaire prononcé en France produit ses effets partout où le débiteur a des biens* ».

qu'appliquer un arrêt de principe de la Cour de cassation du 27 novembre 1991¹⁶⁸¹. Selon cet arrêt « *le principe de l'unité du patrimoine des personnes juridiques interdit l'ouverture de deux procédures collectives contre un seul débiteur, même si celui-ci exerce des activités distinctes ou exploite plusieurs fonds* ». La procédure collective n'est rien d'autre qu'une saisie collective des biens du débiteur et c'est l'application de la maxime « *faillite sur faillite ne vaut* »¹⁶⁸². Dans cette dernière espèce, un créancier prétendait qu'il n'était pas soumis à l'arrêt des poursuites individuelles au motif que seule l'entreprise commerciale du débiteur était en redressement judiciaire et que son droit se rattachait à l'entreprise agricole toujours *in bonis*. Cette prétention est rejetée par la Cour de cassation au nom du principe de l'unité du patrimoine qui retient que « *fait l'exacte application du principe de l'unité du patrimoine la cour d'appel qui décide qu'un jugement d'ouverture de redressement judiciaire interdit l'exercice par les créanciers, dont la créance a son origine antérieurement à ce jugement, de toute voie d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles, peu important que la créance invoquée trouve son origine dans une activité distincte de celle ayant donné lieu à l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur* ». C'est l'ensemble des biens du débiteur qui sont soustraits aux poursuites individuelles des créanciers antérieurs au jugement de redressement judiciaire, quelle qu'ait été l'origine des créances invoquées par ces derniers.

448. Conclusion de la section 3. L'unité de la procédure collective, fondée elle-même sur l'unicité du patrimoine ne fait pas de doute. Aussi, si les termes employés par le droit des procédures collectives font référence à la notion d'entreprise, cette notion est résolument et exclusivement économique et ne coïncide pas avec une autonomie patrimoniale et juridique de l'entreprise, alors surtout que l'évolution des textes et de la jurisprudence va à l'encontre de cette autonomie. Il est certes tentant d'affirmer que cette évolution vient d'être contredite par la loi du 15 juin 2010 créant un statut pour l'EIRL. Il y a là, sans doute, deux mouvements contradictoires, mais l'absence d'autonomie patrimoniale demeure le principe alors que le statut de l'EIRL demeure une exception qui impose des solutions dérogatoires¹⁶⁸³, pratiquement difficiles à concilier avec le droit des procédures

¹⁶⁸¹ Cass. com., 27 novembre 1991: Bull. civ., IV, n° 360; D. 1992, p. 81, note F. DERRIDA; RTD. com., 1992, p. 684, obs. A. MARTIN-SERF; JCPÉ 1992, I, 136, n° 3, obs. P. PÉTEL. – V. également: Cass. com., 22 juin 1993: D. 1993, IR, p. 366, obs. A. HONORAT. – Cass. com., 14 février 1989: Bull. civ., IV, n° 61; D. 1989, IR, p. 78; Petites affiches, 27 octobre 1989, p. 69; A. PERDRIAU: JCP 1990, I, 3468, n° 55.

¹⁶⁸² F. PEROCHON, R. BONHOMME, « *Entreprises en difficulté, Instrument du crédit et de paiement* », LGDJ., 8^e éd., 2009, n° 161, p. 134. – Ce principe est actuellement consacré par l'article L. 620-2, al 2, selon lequel « *à moins qu'il s'agisse de patrimoines distincts de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur déjà soumis à une telle procédure, ou à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte ou que la procédure de liquidation n'a pas été clôturée* ».

¹⁶⁸³ L'inventaire, bien commun, pouvoir d'administrateur, créance antérieure et arrêt de poursuite, nature de créance, déclaration, nullité de la période suspect, cessation des paiements.

collectives¹⁶⁸⁴. Ainsi, l'état de cessation des paiements s'apprécie uniquement au regard du seul patrimoine affecté à l'activité professionnelle en cause ou au regard du patrimoine non affecté lorsque l'activité professionnelle en difficulté s'exerce sans affectation de patrimoine. Encore faut-il rappeler que la notion de cessation des paiements n'est ni juridique ni comptable, de sorte que l'importance du patrimoine non affecté à l'activité en cause doit être prise en compte pour sauvegarder et redresser l'entreprise, objectifs premiers du droit des procédures collectives. De même, est-il possible qu'une créance sur le patrimoine personnel ou sur un autre patrimoine affecté appartenant aussi à l'entrepreneur soit à l'origine de la cessation des paiements ? La même question se pose pour les dettes échues à l'égard d'une société unipersonnelle dont l'EIRL est l'associé unique.

449. Conclusion du chapitre I. La doctrine de l'entreprise a tenté de déceler dans différentes branches du droit une émergence ou une reconnaissance de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise. Cependant, le droit positif a renvoyé ces tentatives à leur origine doctrinale. D'une part, cette analyse est contradictoire et erronée puisque ces différentes disciplines doivent suivre le droit civil qui en constitue la source et non le contraire ; malgré l'apparence terminologique, les finalités propres à ces branches de droit sont contraires à une telle autonomie. D'autre part, l'entreprise n'a pas la même connotation dans ces différentes disciplines. En d'autres termes, celles-ci n'ont pas la même notion de l'entreprise, alors que la construction d'une unité patrimoniale de l'entreprise devrait être précédée d'une unification des règles concernant la notion d'entreprise, ce qui permet de mesurer le caractère illusoire d'une telle tâche.

De plus, cette prétendue émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise a été démentie par l'évolution du droit positif. Certaines solutions auraient permis une telle émergence. Pourtant, le droit positif les a remises en cause. Elles sont apparues inopportunes et ont provoqué une grande difficulté d'application¹⁶⁸⁵. Et si les considérations particulières des différentes branches de

¹⁶⁸⁴ E. LE CORRE-BROLY, « Actions en revendication ou en reprise et EIRL » : Bull. july 2011, n° 1, p. 68. – C. ZOLYNSKI, Petites affiches 28 avril 2011 n° 84, p. 51 : la simplicité d'un texte n'est pertinente que si elle ne suscite pas trop d'incertitudes. Or l'application de la loi du 15 juin 2010 soulève de nombreuses interrogations qui conduisent à critiquer la méthode retenue. Selon cet auteur, « les imprécisions de la loi paraissent source d'insécurité ponctuelle, compte tenu des risques de voir se développer un contentieux pléthorique concernant l'interprétation de ces dispositions. Parmi les (trop) nombreux exemples dénoncés par les intervenants, on retient particulièrement le flou entourant les notions de « bien utile » ou de « bien nécessaire » à l'activité entrepreneuriale composant le patrimoine professionnel ; il est fort à parier que les créanciers ne manqueront pas de contester la délimitation du patrimoine professionnel, notamment en raison de son caractère subjectif ». – D. LEGEAIS, « Le gage des créanciers dans l'EIRL » : Defrénois, 30 mars 2011, n° 6, art. 39215, p. 560.

¹⁶⁸⁵ V. à propos de la location gérance : *Supra* n° 416, note n° 1566, en droit fiscal, *Supra* n° 423 et s, à propos des causes d'ouverture des procédures collectives: *Supra* n° 441.

droit évoluent, le principe civiliste de l'unicité du patrimoine demeure. Cette analyse trouve au surplus confirmation dans la conception subjective de l'obligation, qui constitue quant à elle un obstacle à la transmission de l'entreprise conçue comme une entité patrimoniale autonome.

CHAPITRE II. LA CONCEPTION SUBJECTIVE DE L'OBLIGATION, OBSTACLE À LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE EN TANT QU'ENTITÉ PATRIMONIALE AUTONOME

450. Le terme « *transmission de l'entreprise* » désigne des réalités juridiques très différentes¹⁶⁸⁶ : la transmission successorale d'une entreprise, le partage après décès ou divorce ou la donation-partage. Il est acquis que ni la transmission successorale de l'entreprise, qui se fait avec l'ensemble de la succession¹⁶⁸⁷, ni l'attribution préférentielle, mode spécial de transmission successorale¹⁶⁸⁸ ne permettent de conférer à l'entreprise une quelconque autonomie patrimoniale. C'est pourquoi nous nous limiterons dans les développements qui suivent à la question de la cession de l'entreprise entre vifs.

451. En effet, la cession de l'entreprise est l'hypothèse dans laquelle est le plus souvent invoquée l'existence d'un passif propre de l'entreprise unipersonnelle¹⁶⁸⁹. La cession de l'entreprise est présentée comme permettant le passage ou le dépassement de la notion de fonds de commerce en tant que bien à la notion d'entreprise en tant

¹⁶⁸⁶ L'expression cession de l'entreprise ne se confond pas avec la cession de contrôle dont la nature, le contenu et le régime juridique sont extrêmement différents. Lorsque l'entreprise est en société, le cédant transmet au cessionnaire un nombre des titres sociaux tel qu'il puisse exercer le pouvoir dans l'entreprise sociale. C'est la cession de l'entreprise dans le sens juridique de terme, c'est-à-dire, sous forme de cession d'actifs, qui nous intéresse ici. L'entreprise peut être exploitée sous la forme individuelle ou sous forme de société. Quand l'entreprise est exploitée sous forme individuelle, la seule modalité de cession est celle des actifs. Quand elle est en société, il est possible de réaliser la cession en suivant la modalité de la cession de contrôle, mais également de céder les actifs : dans ce cas, c'est la société elle-même, propriétaire de ses actifs, qui les vend : J. PAILLUSSEAU, J.-J. CAUSSAIN, H. LAZARSKI, Ph. PEYRAMAURE, « *Cession d'entreprise* », op. cit, n° 201, p. 68.

¹⁶⁸⁷ G. RIPERT, R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », tome 1, vol. 1, LGDJ., 2001, par L. VOGEL, p. 330, n° 445.

¹⁶⁸⁸ Conformément à l'article 831 du Code civil, le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander, « *l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement* ». Cependant, « *l'entreprise ainsi attribuée, n'englobe que des biens, que des éléments actifs ; aucun passif propre, aucun passif commercial ne lui est attaché. L'entreprise qui donne lieu à l'attribution préférentielle n'est donc pas érigée en patrimoine d'affectation à l'égal de l'ancienne fortune de mer du droit maritime* » : M. PÉDAMON, « *Droit commercial* », *Commerçant et fonds de commerce Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 2^e éd., 2000, n° 388, p. 312.

¹⁶⁸⁹ V. notamment, M. DESPAX, « *L'entreprise et le droit* », LGDJ., 1956, n° 39, p. 36 : « *les manifestations de l'autonomie de l'entreprise par rapport à la personne du commerçant ne sont guère apparentes tant que le même commerçant reste à la tête de la même entreprise. La vie juridique concentre alors ses effets sur la personne même du commerçant et l'entreprise elle-même reste au second plan. C'est seulement lorsque le commerçant transfère son entreprise qu'apparaît dans toute son originalité la situation particulière de celle-ci : des créances et dettes qui ont été contractées personnellement par le commerçant restent, en cas de transfert, attachées à l'entreprise elle-même* ».

qu'activité autonome. L'entreprise se transmet en tant d'activité autonome indépendamment de la personne du chef d'entreprise qui la gère. Cette doctrine, qui repose sur le postulat de la « *séparation de l'homme et de l'entreprise* », soutient que la seule chose qui change dans l'entreprise, ce sont les personnes, physique ou morale, qui détiennent le pouvoir de décision. Comme ce pouvoir de décision est lié à des droits, la transmission d'entreprise se réalise par le transfert de ces droits. Transmettre une entreprise, c'est d'abord transmettre une activité et une volonté de telle sorte que cette activité et cette volonté ne soient ni arrêtées ni même altérées par l'opération de transmission. La transmission d'une entreprise, patrimoine dynamique, est une opération beaucoup plus délicate que celle d'un patrimoine statique, peu affecté par la personnalité de son titulaire¹⁶⁹⁰. L'entreprise est plus une potentialité qu'un bien : l'aptitude à attirer et à retenir une clientèle. Or, cette valeur ne devrait pas se transmettre de la même manière qu'un bien : qu'elle soit exploitée par une personne physique ou par une société, la cession de l'entreprise devrait comprendre, outre la cession du fonds de commerce, celles des moyens indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise et du passif rattaché à cette activité. Dans cette perspective, puisque la poursuite de l'activité est le but et la condition de la cession de l'entreprise, les contrats nécessaires à l'activité doivent être transmis soit avec l'accord du contractant, soit sans son accord quand la cession du contrat résulte de la loi elle-même (contrat de travail, bail commercial, contrat d'assurance, contrat d'édition). La transmission de ces contrats qui accouplent créances et dettes corrélatives justifie l'émergence d'un actif et d'un passif propre de l'entreprise.

Cependant, cette perspective doctrinale n'est pas celle du droit positif. Le fonds de commerce n'est pas un mode global d'organisation du patrimoine commercial : ni sujet de droit, ni patrimoine d'affectation¹⁶⁹¹, le fonds de commerce

¹⁶⁹⁰ M. GIRAY, In « *La transmission des entreprises, vaincre les obstacles* », 86^e congrès des notaires de France, Lille 20/23 mai 1990, p. 14.

¹⁶⁹¹ Les créances et les disponibilités ne sont en général pas cédées, elles servent au paiement de son passif par le vendeur. L'une des caractéristiques essentielles de la cession de l'entreprise sous forme de cession d'actifs est précisément que, sous réserve de très rares exceptions, la vente ne porte que sur des éléments d'actif, à l'exclusion de toute dette. Le vendeur du fonds doit payer son passif. Ce passif est constitué par toutes les dettes de l'entreprise et qui ne sont pas transmises à l'acquéreur. Il faut y ajouter les impositions fiscales qui apparaissent du fait de la cession du fonds et qui sont lourdes - en outre, des problèmes particuliers apparaissent en raison de la différence des régimes juridiques applicable au fonds de commerce et aux immeubles. La cession de l'entreprise ne comprend pas la cession des immeubles. La nature juridique du fonds du commerce en tant que bien meuble incorporel fait obstacle à l'inclusion des immeubles lors de la cession. Quant aux marchandises, elles sont souvent vendues séparément sur facture (leur vente est assujettie à la TVA). En s'en tenant à la seule analyse juridique, la cession de fonds de commerce est une cession des éléments incorporels et corporels de l'entreprise à l'exception de celle des immeubles et des droits immobiliers. La loi du 17 mars 1909, relative à la cession du fonds de commerce, ne prévoit que la cession de certains éléments qui sont les supports de l'activité ; elle ignore le transfert de l'activité elle-même et celui des autres éléments pourtant tout aussi indispensables à la poursuite de l'activité. Aucun texte du droit

n'est pas davantage une universalité de droit parce que sa transmission n'entraîne ni transmission des créances¹⁶⁹² ni transmission des dettes¹⁶⁹³. La cession de l'entreprise est réduite à une cession de fonds de commerce et la cession de ce dernier est réduite à une cession de clientèle. Hormis le cas exceptionnel de l'EIRL¹⁶⁹⁴, le principe demeure que la cession de l'entreprise correspond à une cession de simples éléments d'actif sans passif corrélatif. Plus précisément, l'entreprise n'est pas un patrimoine d'affectation autonome, solution qui trouve son fondement dans la conception subjective de l'obligation.

commercial, par exemple, ne prévoit le transfert du personnel en même temps que celui de l'entreprise. En effet, c'est le Code du travail qui le prévoit dans son article L. 1224-2 (ancien article L. 122-12). Au demeurant, indépendamment de la publicité propre à la vente du fonds de commerce, la cession de chaque élément doit obéir aux éventuelles conditions de forme qui lui sont propres : J. PAILLUSSEAU, J.-J. CAUSSAIN, H. LAZARSKI, Ph. PEYRAMAURE, « *Cession d'entreprise* », op. cit, n° 219, p. 72. – J.-B. BLAISE, « *Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité* » : RTD com. 1966, p. 827.

¹⁶⁹² Cass. com., 21 juin 1950 : JCP 1950, II, 5898, note, A. COHEN.

¹⁶⁹³ M. CLARIS et Ch. PISANI et F. BOUCKAERT, « *Métamorphose du patrimoine de l'entreprise* », in *La transmission des entreprises*, 86e Congrès des notaires de France, 1990, p. 41.

¹⁶⁹⁴ Le statut de l'EIRL est désigné comme moyen permettant de pérenniser l'entreprise indépendamment de la personne de l'entrepreneur. Ainsi, le patrimoine affecté cédé entre deux EIRL survit au changement de titulaire. Il convient de remarquer que dans la définition des éléments pouvant constituer un patrimoine affecté par l'EIRL, on trouve les biens, les droits, les obligations, les sûretés, mais il n'est point question de clientèle ce qui constitue un changement important par rapport au droit séculaire du fonds de commerce (É. DUBUISSON et M. GERMAIN, « *L'affectation du patrimoine : transmission* » : in *EIRL L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, sous la direction de F. TERRÉ, Droit 360°, n° 120, p. 66). La déclaration des biens affectés à l'activité professionnelle de l'article L. 526-7 remplace le concept de clientèle pour servir du critère au fonds (Ibid., n° 121, p. 66 et s). Dans les différentes hypothèses évoquées dans cet article, la transmission du patrimoine aura lieu sans qu'il soit procédé à sa liquidation, c'est-à-dire, le patrimoine circule tel quel du cédant au cessionnaire et, par conséquent, les créanciers professionnels de l'EIRL dont la créance est antérieure à la date de publicité de la cession, vont changer de débiteur sous le seul réserve de leur droit d'opposition (article L. 526-17, III, al. 4, C. Com.). Cette situation est très originale, car, même si le patrimoine cédé perd toute autonomie chez le cessionnaire, il n'en reste pas moins que se réalise dans cette opération le transfert de tout un patrimoine, composé de son actif et de son passif. Il s'ensuit que les créances, les dettes et les contrats nés de l'activité professionnelle devraient être transférés en même temps que le patrimoine affecté (M.-P. DUMONT-LEFRAND, « *La cession à titre onéreux du patrimoine affecté* » : Bull. joly, 2011, n° 1, p. 85). De même, selon l'article L. 526-17, III, alinéa 3, du Code de commerce la substitution de débiteur opère « sans que cette substitution emporte novation » à l'égard des créanciers concernés. Ce sont les droits et les obligations du cédant qui sont transmis au cessionnaire en l'état, avec leurs accessoires, que la cession du patrimoine affecté ait lieu avec ou sans survie du patrimoine d'affectation (Ibid.). Il y a cependant d'incertitude concernant la question de libération du cédant car le prix du patrimoine affecté doit intégrer le patrimoine du cédant. En revanche, il convient de préciser que les formalités de cession de fonds de commerce, destinées à apporter au cessionnaire (ou à la société bénéficiaire de l'apport, en cas d'apport en société) une sécurité juridique par les mentions impératives que doit comporter l'acte de vente (état des privilèges et nantissements, chiffre d'affaires et bénéfices commerciaux des trois derniers exercices comptables, informations sur un éventuel bail commercial), ne sont pas applicables, sauf si le fonds de commerce est cédé indépendamment du patrimoine affecté. Par conséquent, il existe actuellement deux régimes de cession de fonds de commerce : B. SAINOURENS, « *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010* » : Rev. sociétés 2010, p. 351.

Dans cette optique, nous envisagerons, tout d'abord, la conception subjective de l'obligation obstacle à la transmission des créances et des dettes séparément (section 1). Ensuite, nous montrerons que la conception subjective de l'obligation est un obstacle à la transmission des créances et des dettes corrélatives (section 2).

Section 1. La conception subjective de l'obligation, obstacle à la transmission des créances et des dettes séparément

452. Nous envisagerons, tout d'abord, la conception subjective de l'obligation obstacle à l'existence d'un actif propre de l'entreprise (§ 1). Ensuite, nous nous interrogerons sur la conception subjective de l'obligation en tant qu'obstacle à l'existence d'un passif propre de l'entreprise (§2).

§1. La conception subjective de l'obligation obstacle à l'existence d'un actif propre de l'entreprise

453. Il est acquis que la transmission de fonds de commerce n'entraîne pas de transmission de créances¹⁶⁹⁵. Cette solution est affirmée par la jurisprudence depuis un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1937 qui a précisé, sans équivoque, qu'« *en dehors des cas exceptionnels pour lesquels il est disposé autrement par des textes spéciaux, l'aliénation d'un bien à titre particulier n'a pas pour effet de transférer à l'acquéreur des droits déjà nés sur la tête du disposant à l'occasion de la jouissance ou de l'exploitation de ce bien, mais qui ne font pas corps avec lui et n'affectent pas sa constitution* ». Par suite, selon le même arrêt, « *la vente d'un fonds de commerce n'opère pas le transfert à l'acheteur des créances possédées par le cédant, même pour cause commerciales, sauf l'effet de clause spéciales qui concerneraient leur cession* »¹⁶⁹⁶.

454. Pourtant, une hésitation a surgi s'agissant de la transmissibilité de la créance de non-rétablissement à l'occasion de cessions successives du fonds de commerce. En effet, il est acquis qu'en cas de vente de fonds de commerce, une obligation légale de garantie contre l'éviction s'impose au vendeur¹⁶⁹⁷. Cette

¹⁶⁹⁵ G. RIPERT, R. ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », t. 1, Vol. 1, 18 éd. LGDJ., 2001, par L. Vogel, n° 537, p. 395. – J. FLOUR et J.-L. AUBERT, « *Les obligations* », vol. I. Coll. U, 1980, p. 341, n° 445.

¹⁶⁹⁶ Cass. civ., 12 janvier 1937: D. H. 1937, p. 99; JCP G 1937, II. 138 ; RTD civ., 1937, p. 368, n° 29, obs. R. DEMOGUE. – adde. J. GHESTIN, « *La transmission des obligations en droit positif* », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN, t. XII, éd., Bruylant, 1980, p. 48, n° 66. – G. GOUBEAUX, « *La règle de l'accessoire en droit privé* », LGDJ., 1969. – En sens contraire : Req., 3 novembre 1932 : D. H. 1932, p. 570.

¹⁶⁹⁷ V. cependant, Y. PICOD, Y. AUGUET et M. GOMY, Rép. com. Dalloz, V° concurrence, n° 41, l'assimilation faite par la jurisprudence entre l'obligation de non-concurrence due par le cédant du fonds de commerce et l'obligation de garantie due de plein droit par le vendeur d'un bien est condamnée dans son principe même. En effet, transférer une clientèle n'est pas transmettre un droit sur cette clientèle mais seulement par des moyens indirects, tenter de faire qu'un successeur prenne la

obligation présente un contenu très spécifique, interdisant au vendeur de se rétablir dans des conditions telles qu'il pourrait conserver une partie de son ancienne clientèle, par quelque moyen que ce soit. Mais la difficulté est de savoir si le droit correspondant à cette obligation est transmissible aux sous-acquéreurs successifs. Il ne fait aucun doute que les parties peuvent aménager leur relation et céder certaines créances par le mécanisme de la cession de créance ou par le jeu de la stipulation pour autrui. Et, à défaut de clause expresse, ces deux mécanismes peuvent se déduire des circonstances de l'espèce par interprétation de la volonté réelle des parties¹⁶⁹⁸.

Cependant, selon une jurisprudence ancienne et constante, même en l'absence de toute stipulation, l'obligation de non-concurrence peut être invoquée, non seulement par l'acheteur, mais également par le sous-acquéreur¹⁶⁹⁹. Au regard de la théorie, la transmission de l'obligation de non-concurrence touche à une question plus vaste concernant l'effet à l'égard des ayants cause particuliers des conventions passées par leur auteur relativement au bien transmis¹⁷⁰⁰. Mais c'est principalement au regard des nécessités de la pratique que s'est imposée cette solution favorable non seulement à l'acquéreur primitif du fonds, mais aussi à tous les acquéreurs successifs de l'entreprise¹⁷⁰¹.

455. Cependant, il existe, tant en doctrine qu'en jurisprudence, une controverse quant aux justifications théoriques et techniques de la transmission de la créance de non-rétablissement. Plus précisément, cette transmission automatique peut-elle révéler l'émergence d'un actif propre de l'entreprise ? M. DESPAX, critiquant le recours à certaines techniques qui cachent l'originalité de la construction jurisprudentielle, préféra trouver le véritable motif de la transmission de la créance

place du tuteur actuel d'une clientèle. Cette absence de transmission de droit ne permet pas à une obligation légale de garantie de prendre naissance, car, celle-ci n'existe pas en elle-même, de manière autonome ; V. également, Ibid., n° 42 : Selon ces auteurs, étrangère à l'obligation de garantie dans la vente par sa source, l'obligation de non-concurrence l'est aussi par son rôle. Il est vrai que sous le couvert de cette obligation, l'acquéreur d'un fonds de commerce cherche à se garantir contre le danger que présenterait la concurrence développée par l'ancien propriétaire du fonds. Plus précisément, par cette obligation, le cédant ne garantit pas la clientèle mais bien plutôt son absence d'entreprise sur cette clientèle. L'obligation de non-concurrence tend surtout à favoriser activement l'installation de l'acquéreur du fonds, s'inscrivant ainsi plus dans le cadre de la délivrance de la clientèle que dans celui de sa garantie.

¹⁶⁹⁸ P. LE FLOCH, « *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles* », LGDJ., 1986, p. 254.

¹⁶⁹⁹ Req. 5 juill. 1865 : D. 1865. 1. 425. – Rouen, 28 novembre 1925 : D. H. 1927. 2. 172, note J. LEPARGNEUR. – Angers, 9 juillet 1935 : D. H. 1935. 513. – Rouen, 15 novembre 1938 : S. 1939, 2, p. 151. – Trib. com. St Étienne, 12 juin 1947 : Gaz. Pal., 1947, 2, p. 106. – Lyon, 18 déc. 1953 : D. 1953, p. 241 ; JCP G 1953, IV, p. 158. – Aix, 5 oct. 1954 : JCP G 1955, II, 8548, note R. RODIÈRE. – Cass. com. 20 mai 1962 : Bull. civ. III, n° 290, p. 238.

¹⁷⁰⁰ J. LEPARGNEUR, « *De l'effet, à l'égard de l'ayant cause à titre particulier, des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis* », RTD civ., 1924, p. 514. – DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, « *La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur* » : RTD civ., 1944, p. 225.

¹⁷⁰¹ M. DESPAX, thèse, op. cit., p. 50.

de non-concurrence dans l'intérêt de l'entreprise : « contractée dans l'intérêt de l'entreprise et non dans l'intérêt personnel de son propriétaire provisoire, la créance de non-concurrence doit suivre cette entreprise en quelques mains qu'elle se trouve »¹⁷⁰². Pour cet auteur, « peut-être notre droit s'oriente-t-il ainsi vers une distinction entre les créances qui, servant à l'exploitation de l'entreprise, sont indispensables à cette dernière et doivent lui rester attachées et les créances qui, étant plutôt le résultat de cette exploitation, doivent rester attachées à la personne du chef de l'entreprise »¹⁷⁰³. M. DESPAX trouvait une confirmation de cette explication dans certains arrêts qui, après avoir justifié la transmission de la créance de non-concurrence par le transfert de l'obligation de garantie ou par le jeu de la stipulation pour autrui, précisaient que « loin d'être réputée essentiellement personnelle », l'obligation de non-concurrence « se rattache au contraire par sa nature et son objet à l'établissement commercial lui-même et l'a suivi dans les mains du cessionnaire »¹⁷⁰⁴.

456. Il convient toutefois, d'apporter quelques précisions sur cette controverse avant de mesurer son incidence sur l'émergence d'un actif propre de l'entreprise. Il est vrai que l'explication fondée sur la volonté présumée des parties était artificielle et peu satisfaisante. Alors que pour certains il s'agit d'une stipulation pour autrui¹⁷⁰⁵, pour d'autres il s'agit d'une cession de créance¹⁷⁰⁶ que la nature de la convention de vente autorise à supposer voulue par les parties à ce contrat, comme une suite conforme à l'équité et à l'usage selon l'article 1135 du Code civil¹⁷⁰⁷. Ces explications sont désormais écartées par la doctrine moderne. L'article 1122 du Code civil prévoit certes que l'on « est censé avoir stipulé pour soi ou pour ses héritiers et ayants cause ». Pourtant, outre que le régime juridique de la stipulation pour autrui ne paraît ni adéquat (car, il suppose l'acceptation du tiers bénéficiaire) ni conforme au droit

¹⁷⁰² M. DESPAX, thèse, op. cit. p. 59. – En ce sens P. LE FLOCH, op. préc., p. 257.

¹⁷⁰³ M. DESPAX, thèse, op. cit. p. 60.

¹⁷⁰⁴ Paris, 21 février 1900 : D. 1900. 2. 476. – Angers, 9 juillet 1935 : D. H. 1935. p. 513. – trib. com. seine, 27 février 1856 : Journal des tribunaux de commerce 1857, p. 185. – Rouen, 28 novembre 1925 : D. 1927, p. 173, note J. LEPARGNEUR,

¹⁷⁰⁵ J. LEPARGNEUR, « De l'effet, à l'égard de l'ayant cause à titre particulier, des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis », RTD civ., 1924, p. 486. – J. SCHRAMECK, « De la cause de non-rétablissement dans les ventes de fonds de commerce », thèse, Paris, 1941, p. 46. – A. WEILL, « Le principe de la relativité de la convention », thèse, Strasbourg, 1938, p. 118. – MOURGEON, « Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français », thèse, Paris, 1934, p. 8. – Adde. J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN, t. XII, éd., Bruylant, 1980, p. 48, p. 52, n° 71. – V. également, Paris, 21 février 1900 : D. 1900, 2, p. 476. – Nancy, 14 novembre 1905 : S. 1906, 2, p. 166 ; D. P. 1907, 2, p. 321, note LACOUR.

¹⁷⁰⁶ Angers, 9 juillet 1935 : D. H. 1935, p. 513, préc. – Aix, 5 octobre 1954, préc. – Adde. B. GROSS, « La notion de l'obligation de garantie dans le droit des contrats », thèse, 1964, n° 191 et s. – DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur » : RTD civ., 1944, p. 225.

¹⁷⁰⁷ V. J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN, t. XII, éd., Bruylant, 1980, article préc., p. 53.

positif¹⁷⁰⁸, la doctrine majoritaire considère que cet article ne vise pas les ayants cause à titre particulier. Quant à l'existence d'une présomption de cession de créance, qui n'a jamais été consacrée par la jurisprudence ni partagée par la doctrine¹⁷⁰⁹, se heurte à de sérieuses objections. D'une part, il ne peut s'agir ici que d'une présomption légale ; or cette présomption n'est établie par aucun texte de cette nature. D'autre part, le recours à ce mécanisme oblige au respect des formalités de l'article 1690 du Code civil ; or, dans ce cas, les rapports entre l'auteur de la créance et le sous-acquéreur seront bien incertains¹⁷¹⁰. Enfin, la doctrine qui a voulu justifier la transmission de l'obligation de non-concurrence par le transfert de l'obligation de garantie encourt la critique lorsque la créance conserve un intérêt pour le cédant, lequel peut toujours avoir un intérêt à la non transmission de celle-ci¹⁷¹¹.

Pour éviter la recherche d'un accord de volonté plus ou moins factice, la doctrine préfère justifier la transmission par l'existence d'un lien objectif de la créance avec le bien transmis. Cette solution est inspirée d'AUBRY et RAU, dont la formule est devenue célèbre : « *le successeur particulier jouit de tous les droit et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droit et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualité actives ou qui en sont devenus des accessoires* ». Cette théorie suppose, en effet, par l'extension de la notion d'accessoire, des objets matériels aux créances, que le transfert d'un droit réel, généralement de la propriété, d'un bien, qui peut d'ailleurs être corporel ou incorporel, entraîne celui des créances qui lui sont suffisamment attachées pour ne pas être dissociées¹⁷¹².

457. Pourtant, cette théorie n'est pas à l'abri d'objections et critiques. D'une part, tous les auteurs ne définissent pas la notion d'accessoire de la même manière et, par conséquent, le critère de l'accessoire ne paraît pas de nature à constituer un critère général de transmission. D'autre part, à suivre le critère de l'accessoire, la transmission s'impose à l'auteur de la créance comme à l'ayant cause ; or, les parties peuvent l'exclure explicitement ou implicitement¹⁷¹³. En effet, la transmission forcée

¹⁷⁰⁸ V. J. GHESTIN, « *La transmission des obligations en droit positif* », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN, t. XII, éd., Bruylant, 1980, p. 52, n° 71.

¹⁷⁰⁹ PH. JESTAZ, note sous civ. 3^e, 23 mars 1968 : D. 1970, p. 664. - Ph. MALINVAUD, « *La garantie des vices par le vendeur-prometteur de construction immobilières. Unité ou diversité* » : JCPG 1969, I, 2284. - P. LE FLOCH, préc., p. 256.

¹⁷¹⁰ J. GHESTIN, « *La transmission des obligations en droit positif* », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN, t. XII, éd., Bruylant, 1980, p. 48 et s.

¹⁷¹¹ Par exemple, lorsque l'auteur de la créance ne cède qu'une partie de son fonds de commerce, ce qui ne le prive pas d'avoir un intérêt à la non transmission ou, si l'acheteur, en cas de défaut de la chose, vend celle-ci à prix réduit, il entend normalement conserver l'action qui lui permet d'être indemnisé.

¹⁷¹² J. GHESTIN, « *La transmission des obligations en droit positif* », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN, t. XII, éd., Bruylant, 1980, p. 48 et s.

¹⁷¹³ Cass. com., 15 octobre 1968, Gaz. Pal. 1968, 2, p. 395; Defrénois 1971, p. 177, obs. J.-L. AUBERT. - P. LE FLOCH, op. préc., p. 257.

peut se concilier mal avec leurs intérêts légitimes. On a certes proposé de qualifier d'accessoires toutes les créances créées en vue d'un bien ultérieurement transmis¹⁷¹⁴. Mais si un tel élément intentionnel peut justifier la transmission d'une obligation de non-concurrence liée à un fonds de commerce, on voit mal son application à la garantie légale des vices cachés, par exemple, dont la naissance n'est subordonnée à aucune manifestation de volonté spéciale¹⁷¹⁵. Ce critère ne peut pas, dès lors, constituer un critère décisif¹⁷¹⁶. En tous cas, il n'est pas évident de distinguer avec netteté les cas dans lesquels le droit est accessoire au bien transmis et suit donc son sort, et ceux dans lesquels il est seulement relatif à ce bien et reste personnel à l'auteur alors même que le bien passe dans le patrimoine de l'ayant cause à titre particulier¹⁷¹⁷

458. Ainsi, tous les fondements théoriques avancés par la doctrine se heurtent à une objection majeure dans le cas où la créance conserve un intérêt pour son auteur, ce qui s'oppose à toute transmission. C'est pourquoi les auteurs paraissent être d'accord pour n'admettre la transmission de la créance que dans un cas exceptionnel : celui où la créance n'a d'intérêt que pour le propriétaire du bien et ne peut être exercée que par lui¹⁷¹⁸. Ce critère, cependant, n'est pas davantage décisif et peut conduire à une certaine casuistique. Il ne suffit pas de relever le défaut d'intérêt pour son titulaire à conserver la créance une fois le bien transmis. Il faut encore mesurer les intérêts légitimes du débiteur et de l'ayant cause, ce qui suppose, même dans ce cas, l'intervention d'un texte spécial ou d'une jurisprudence précisant, à l'égard de chaque type de contrat et de créance, si la transmission à l'ayant cause est admise et dans quelles conditions¹⁷¹⁹.

459. Depuis la thèse de M. DESPAX, le droit positif n'a pas donné lieu à des développements particuliers qui confortent l'émergence d'un actif propre de l'entreprise. La transmission de la créance de non-rétablissement ne répond qu'à un

¹⁷¹⁴ J.H. DU GARREAU DE LA MÉCHÉNIÉ, « *La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur* » : RTD civ., 1944, p. 226.

¹⁷¹⁵ P. LE FLOCH, « *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles* », LGDJ., 1986, n° 76, p. 57.

¹⁷¹⁶ J. GHESTIN, « *La transmission des obligations en droit positif* », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN, t. XII, éd., Bruylant, 1980, p. 48 et s., article préc.

¹⁷¹⁷ F. TERRÉ, ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil Les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 500, p. 517.

¹⁷¹⁸ La jurisprudence favorable à la transmission de la créance de non-rétablissement pour assurer la transmission effective de la clientèle Nancy, 14 novembre 1905 : S. 1906. 2. p. 166 ; D. P. 1907. 2. 321, note LACOUR. – Rouen, 28 novembre 1925 : D. H. 1927. 2. 172, note J. LEPARGNEUR. – 28 mars 1925 : D. P. 1927, 2, p. 172, note J. LEPARGNEUR. – Angers, 9 juillet 1935 : D. H. 1935, p. 513. – Rouen, 15 novembre 1938, S. 1939. 2. 151. – Lyon, 18 décembre 1953 : D. 1953, p. 241 ; JCP G 1953, IV, p. 158.

¹⁷¹⁹ J. GHESTIN, « *La transmission des obligations en droit positif* », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN, t. XII, éd., Bruylant, 1980, p. 48 et s. article préc.

cas exceptionnel et ne paraît pas pouvoir être étendue à d'autres créances¹⁷²⁰. La jurisprudence s'en tient toujours au principe de non-transmission des créances, même acquises à l'occasion de l'exploitation, au cessionnaire du fonds¹⁷²¹. Ce principe est affirmé particulièrement par rapport au droit au bail. La cession de fonds de commerce inclut la plupart de temps celle du bail commercial. Mais cette cession se réalise au moyen d'une cession de créance voire d'une cession de contrat et ne suit pas nécessairement la cession de l'entreprise. De surcroît, le bail peut même être cédé sans fonds de commerce. Cette solution a été consacrée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 février 1975, et n'a jamais été remise en cause. En l'absence de stipulation imposant la présence du bailleur à l'acte de cession, l'opération – parce qu'elle est aussi une cession de créance – est assujettie aux formalités de l'article 1690 du Code civil et doit donc être signifiée au bailleur en sa qualité de débiteur cédé ou acceptée par lui dans un acte authentique. Faute de l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités, la Cour de cassation considère que la cession de bail ne lui est pas opposable, à moins toutefois qu'il en ait eu connaissance et qu'il l'ait acceptée sans équivoque¹⁷²². En outre, bien que la Cour de cassation¹⁷²³ ait admis que « *les cessionnaires successifs d'un droit au bail deviennent, par l'effet même de la cession de contrat synallagmatique de louage, débiteur du bailleur originaire* », le cédant n'est pas, pour autant, libéré en l'absence d'adhésion du créancier¹⁷²⁴. En fin de compte, la cession du droit au bail ne s'impose que lorsqu'il apparaît comme « essentiel à l'exploitation » et comme un moyen de rallier la clientèle en application de la conception classique du fonds de commerce dont l'existence est subordonnée à celle de la clientèle¹⁷²⁵.

¹⁷²⁰ Il convient de remarquer que le transfert de la créance de non concurrence s'impose aussi en matière d'EIRL. Il est vrai que les textes le concernant ne font plus référence à la clientèle, comme c'est le cas en matière de fonds de commerce, mais il est vrai aussi que la clientèle est le but des éléments d'actif et de passif réunis dans le patrimoine affecté et dès lors la clientèle constituera une référence obligée de l'activité qui se déploie au travers du patrimoine ((É. DUBUISSON et M. GERMAIN, « *L'affectation du patrimoine : transmission* » : in *EIRL L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, sous la direction de F. TERRÉ, Droit 360°, n° 132, p. 69 et s). Il semble que la créance de non concurrence concerne moins la consécration d'une autonomie patrimoniale que celle de la délivrance de la chose vendue.

¹⁷²¹ A propos de l'action en concurrence déloyale, V. Cass. com., 25 janvier 2000 : RJDA 6/00, n° 644, p. 513 : « *les créances possédées par un commerçant n'étant pas des éléments constitutifs de son fonds de commerce, la transmission du fonds ne prive pas le cédant d'agir en réparation du préjudice subi antérieurement à cette transmission* ». – Cass. com. 22 octobre 1997 : RJDA 1/97, n° 12, p. 14.

¹⁷²² Ass. Plén. 14 février 1975 : D. 1975. 349 ; RTD com., 1975. p. 472, obs. M. PÉDAMON. – Sur une étude d'ensemble sur ce point V. B. PETIT, note sous Cass. civ., 3^e, 31 mai 1983 : JCP G 1984, II, 20156.

¹⁷²³ Cass. civ., 7 janvier 1947 : JCP G 1947. II, 3510, note J. BECQUÉ.

¹⁷²⁴ H.-L. et J. MAZEAUD, « *Les obligations Théorie générale* », t. II, vol. I, Montchrestien, 9^e éd., 1998, par, Fr. CHABAS, n° 1283, p. 1304.

¹⁷²⁵ M.-H. MONSERIÉ, « *L'indépendance de la cession du fonds de commerce et du bail* » : D. 1997, p. 387.

En définitive, il est acquis que la transmission de l'entreprise n'entraîne pas transmission automatique des créances. La solution est plus évidente concernant l'absence d'un passif propre de l'entreprise.

§2. La conception subjective de l'obligation obstacle à l'existence d'un passif propre de l'entreprise

460. Malgré les travaux importants de SALEILLES¹⁷²⁶ et GAUDEMET¹⁷²⁷, sur la possibilité d'introduire la cession de dette en droit français, il est unanimement reconnu que le droit positif français ne reconnaît pas, contrairement à la cession de créance, une théorie autonome de cession des dettes à titre particulier¹⁷²⁸. Cette solution apparaît comme une application de l'article 1165 du Code civil, selon lequel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* » et « *ne nuisent point au tiers* ».

En effet, la cession de dette se heurte à une inaccessibilité technique, mais aussi, à une inaccessibilité naturelle¹⁷²⁹. C'est pourquoi on a recours à des procédés approximatifs et indirects : la délégation et la stipulation pour autrui. Mais ces mécanismes sont loin de pouvoir réaliser une cession parfaite de dette, ne serait-ce qu'en raison de la nécessité du consentement du créancier cédé en tant que condition de la création d'un nouveau contrat¹⁷³⁰. L'intransmissibilité des dettes par le débiteur est une conséquence logique et directe du caractère subjectif ou personnel de l'obligation et la jurisprudence se prononce de manière claire en faveur de leur intransmissibilité : « *la personnalité du débiteur d'une obligation ne saurait être présumée indifférente au créancier* »¹⁷³¹. De même, la jurisprudence a toujours confirmé sa position hostile à la transmission des dettes à l'occasion de la cession d'un bien¹⁷³² : «

¹⁷²⁶ R. SALEILLES, « *De la cession de dette* », *Annales de droit commercial*, 1890, p. 1 et s ; « *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand* », Paris, 1890, n° 81 et s.

¹⁷²⁷ E. GAUDEMET, « *Etude sur le transport de dettes à titre particulier* », thèse, préc.

¹⁷²⁸ L. AYNÈS, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », *Economica*, 1984, n° 36, p. 41 et s.

¹⁷²⁹ L. AYNÈS, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », *Economica*, 1984, n° 36, p. 41 et s.

¹⁷³⁰ L. AYNÈS, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », *Economica*, 1984, n° 77, p. 66 et s.

¹⁷³¹ Cass. civ., 12 mars 1946 : D. 1946. 268 ; JCP G 1946, II, 3114. – Cass. com., 16 novembre 1993 : RTD civ., 1994, p. 607, obs. J. MESTRE ; JCP G 1992, I, 3632, p. 541, obs. M. BILLIAU ; RTD civ., 1993, p. 122, obs. J. MESTRE ; D. 1993, somm., p. 211, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁷³² I. FADLALLAH, « *La vente volontaire d'immeuble* » : Defrénois 1982, art. 32798, n° 8, p. 8. – Cass. civ., 15 janvier 1918 : D. P. 1918, 1, jur., p. 17. – Le cessionnaire des parts sociales ne succède pas de plein droit aux obligations personnelles de son auteur : Cass. com. 1^{er} avril 1997 : D. Affaires 1997, p. 614. – Cass. civ., 1^{er} 15 novembre 1994 : JCP G 1995, II, 22510, note G. MÉMETEAU. – Req., 3 septembre 1940 : D. 1941, 37 ; JCP G 1940, II, 1557, note J. BECQUÉ. – Req., 16 juillet 1889 : D. P. 1890, 1, 440. – Cass. civ., 3^e, 7 janvier 1971 : D. 1971, somm., p. 116 ; JCP G 1971, II, 16856, note L. MOURGEON ; Gaz. Pal. 1971, 1, 219.

l'acquéreur d'un bien ne succède pas de plein droit aux obligations personnelles de son auteur, même si celles-ci sont nées à l'occasion du bien transmis »¹⁷³³.

461. Surtout, ce principe est souvent affirmé à l'occasion de la cession d'un fonds de commerce. La cession du fonds de commerce n'emporte pas cession des dettes sans le consentement du créancier cédé. Ainsi, l'obligation de non-concurrence à laquelle est tenu le vendeur d'un fonds de commerce ne se transmet pas automatiquement à l'acquéreur¹⁷³⁴. Le contrat de location d'un matériel d'alarme protégeant un fonds de commerce ne saurait engager le cessionnaire du fonds s'il n'est pas constaté un accord de volontés entre ce cessionnaire et la société de location¹⁷³⁵.

La cession de fonds de commerce, même envisagée sous l'angle de la continuité de l'entreprise, ne confère pas à celle-ci un passif propre qu'elle ne paraît pas être dans la capacité d'acquérir¹⁷³⁶. En matière de cession d'entreprise individuelle, le droit suit la logique de l'incessibilité des dettes dont le principe est posé par le droit des obligations. La cession de l'entreprise individuelle est en réalité réduite au régime juridique de la cession du fonds de commerce.

462. Conclusion de section 1. Le droit positif réduit la cession de l'entreprise individuelle au régime juridique de la cession du fonds de commerce. D'une part, il est acquis que la transmission de fonds de commerce n'entraîne pas de transmission automatique de créances. Si certains éléments doivent être cédés avec le fonds c'est parce qu'ils sont des éléments de rattachement de la clientèle conformément à la conception classique du fonds de commerce. En outre, la cession des créances isolée doit être assujettie aux formalités de l'article 1690 du Code civil, c'est-à-dire doit être signifiée au débiteur cédé ou acceptée par lui dans un acte authentique. Faute de l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités, la cession ne lui est pas opposable, à moins toutefois qu'il en ait eu connaissance et qu'il l'ait acceptée sans équivoque. D'autre part, il a été toujours affirmé que la cession du fonds de

¹⁷³³ Cass. civ. 3^e, 16 novembre 1988 : D. 1989, jur., p. 157, note Ph. MALAURIE. Cette jurisprudence paraît remettre en cause une jurisprudence antérieure, qui avait admis la transmission de dette, même en l'absence d'un texte légale ou une stipulation contractuelle : « *lorsque ces obligations ont eu pour effet de restreindre ou de modifier le droit transmis ou qu'elles forment la condition nécessaire de son exercice* ». Cette jurisprudence paraît s'expliquer par la transmission *intuitu rei*. Mais elle n'a pas été suivie.

¹⁷³⁴ J. LEPARGNEUR, « *De l'effet, à l'égard de l'ayant cause à titre particulier, des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis* » : RTD civ., 1924, p. 486. – CA Poitiers, 25 mai 1936 : S. 1936, 2, Jurisp., p. 197, note H. R. – Cass. req., 18 novembre 1946 : JCP 1947, II, n° 3854, note D. BASTIAN. – CA Chambéry, 26 novembre 1962 : D. 1963. somm. 82. – J. MESTRE, « *AUBRY et RAU toujours hors la loi : la querelle sur la transmission de la dette à l'ayant cause se poursuit* » : RTD civ. 1998, p. 399. – En matière de location gérance : Cass. com, 1^e octobre 1996 : RJDA 1997, n° 12. – V. aussi, J.-F. ASTRUC, « *La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier* » : D. 2002. chron., p. 908. – R. LIBCHABER : D. 2002, jurisp., p. 433, à propos de Cass. civ., 4 juillet 2001.

¹⁷³⁵ Cass. com., 24 juin 1997 : Defrénois 1998, art. 36753, p. 345, obs. D. MAZEAUD.

¹⁷³⁶ Cass. civ., 3^e, 16 novembre 1988 : D. 1989, jurisp., p. 157, note Ph. MALAURIE.

commerce n'emporte pas cession des dettes sans le consentement du créancier cédé. Le droit suit la logique de l'incessibilité des dettes dont le principe est posé par le droit des obligations. En effet, l'intransmissibilité des dettes est une conséquence logique et directe du caractère subjectif ou personnel de l'obligation : « *la personnalité du débiteur d'une obligation ne saurait être présumée indifférente au créancier* ».

Toutefois, l'entreprise étant une activité, sa cession implique la cession de certains contrats nécessaires à l'activité de l'entreprise. On a soutenu qu'une telle cession, portant sur le contrat, implique la cession non seulement des créances mais aussi celles des dettes corrélatives. Pourtant, ce n'est pas la solution retenue en droit positif.

Section 2. La conception subjective de l'obligation, obstacle à la transmission des créances et des dettes corrélatives

463. Puisque la difficulté ne semble pas pouvoir se résoudre par une approche conceptuelle de la notion d'entreprise, elle pourrait se résoudre par une approche plus objective du contrat, valeur patrimoniale, transmissible comme un bien, dès lors qu'il ne vit pas dans la dépendance de la personnalité du cédant¹⁷³⁷. A travers la cession, surtout légale ou judiciaire, de certains contrats nécessaires à l'exploitation, il semble possible de soutenir l'existence de l'entreprise en tant qu'activité patrimonielement autonome. Pourtant, le droit commun de la transmission des contrats, s'il permet la transmission des créances afférentes aux contrats transmis, ne permet pas la transmission des dettes sans le consentement du créancier cédé. La transmission de l'entreprise ne décharge donc pas le cédant des dettes nées à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise. Une responsabilité solidaire est parfois imposée par la loi dans l'intérêt des créanciers.

Il semble opportun d'expliquer l'incidence d'une approche objective de la cession de contrat sur l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle (§1), avant de s'interroger sur l'incidence de la cession légale et judiciaire de contrat sur cette même émergence (§2).

§1. L'incidence d'une approche objective du contrat sur l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle

464. La cession de contrat est une institution nouvelle dont plusieurs études ont tenté de préciser le régime juridique¹⁷³⁸. Certains auteurs, suivant un mouvement

¹⁷³⁷ H. LE NABASQUE : D. 1998, somm., p. 137.

¹⁷³⁸ I. GALVÃO TELES, « *La cession de contrat* », Rapport général au III^e congrès de droit comparé, Londres 1950 : RIDC. 1951, p. 217 et s. – Ch. LAPP, « *Essai sur la cession de contrat synallagmatiques à titre particulier* », thèse, Strasbourg, 1950, préface J. RADOUANT. – P. HÉBRAUD, « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* », In Mélanges offerts à Jacques Maury, 1960,

d'objectivisation du contrat, ont soutenu une théorie autonome de la cession conventionnelle de contrat après avoir relevé l'insuffisance des palliatifs avancés par la doctrine classique pour surmonter le principe d'intransmissibilité des dettes. Pourtant, ces différentes théories se heurtent au droit positif qui adopte une théorie subjective de la cession du contrat interdisant la cession de dette. Il convient de présenter successivement ces conceptions objectives (A) et subjective (B) de la cession de contrat.

A. Les conceptions objectives de la cession de contrat

465. Deux conceptions objectives ont été soutenues : la conception dualiste ou analytique (1°) et la conception moniste (2°).

1° La conception dualiste ou analytique

466. Selon cette conception classique¹⁷³⁹, reposant sur la décomposition de la cession de contrat en cession des droits et cession des obligations, le contrat est moins un lien personnel entre deux individus qu'un rapport entre deux patrimoines. Plus précisément, ce qui est transféré, ce n'est pas le contrat en lui-même, ce sont les rapports juridiques nés du contrat. Cette conception permet ainsi de céder de manière indivisible les obligations nées du contrat, c'est-à-dire les créances et les dettes, par le seul accord du cessionnaire et du cédant¹⁷⁴⁰.

Dans cette optique, la cession de contrat est définie comme « *la convention par laquelle on transfère d'un contractant à un tiers l'ensemble des rapports juridiques issus d'un*

Université de Toulouse, t. 2, p. 420. – O. MAIRA-LAMAS, « *La cession de contrat en droit comparé* », thèse, Paris, 1960. – Ch. LARROUMET, « *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé* », thèse, Bordeaux, 1968, spécialement, p. 160. – Ph. MALAURIE, « *La cession de contrat* » : Defrénois 1976, art. 31194, p. 1009. – L. AYNÈS, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », *Economica*, 1984, Préface Ph. MALAURIE. – J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, p. 1124 et s., spécialement, p. 1126. – M. BILLIAU « *Cession de contrat ou « délégation » de contrat ? (Étude du régime juridique de la prétendue « cession conventionnelle de contrat »)* » : JCP G 1994, I, 3758. – I. BOURUET-AUBERTOT, « *La cession de contrat : bilan et perspectives* » : D. Affaires 1999, p. 578. – M-L. IZORCHE, « *Information et cession de contrat* » : D. 1996, chron., p. 347. – Ch. JAMIN, D. 1995, chron., p. 131. – Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Cession conventionnelle du contrat : Portée du consentement du cédé* » : D. 1998, chron., p. 145. – E. JEULAND, « *Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne* » : D. 1998, chron., p. 356. – Ch. LACHIÈZE, « *L'autonomie de la cession conventionnelle du contrat* » : D. 2000, chron., p. 184. – J. MESTRE, « *Cession judiciaire de contrat* », obs. RTD civ., 1987. 538. – J. MESTRE, RTD civ., 1992, p. 762. – J. MESTRE, « *Transmission des obligations à l'occasion de celle d'un bien* » : RTD civ., 1998, p. 375. – C. NOURISSAT, « *La clause de substitution insérée dans une promesse unilatérale de vente : une cession conventionnelle de contrat* » : JCP N 1999, , n° 21, p. 874.

¹⁷³⁹ Ch. LAPP, « *Essai sur la cession de contrat synallagmatiques à titre particulier* », thèse, Strasbourg, 1950, préface J. RADOUANT. – Ch. LARROUMET, « *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé* », thèse, Bordeaux, 1968, spécialement, p. 160. – Sur la critique de cette conception V. L. AYNÈS, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », op. cit. p.64 et s – J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, les effets du contrat* », LGDJ., 2001, p.1121 et s.

¹⁷⁴⁰ Ch. LARROUMET, thèse, préc., n° 103, p. 242.

contrat reposant sur sa tête »¹⁷⁴¹. La cession a pour objet, d'une part, d'attribuer pour l'avenir à un tiers, resté étranger au contrat, tous les droits et obligations qui en sont issus et, d'autre part, de rendre désormais le cédant étranger au contrat initial¹⁷⁴². Cette conception réduisant en définitive la cession du contrat à celle des obligations qu'il engendre, tente de construire la cession de dette sur le modèle de la cession de créance. Ayant relevé qu'une convention translatrice de droits est opposable *erga omnes* en tant que fait juridique, elle retient que le contrat de cession de dette conclu entre le cédant et le cessionnaire s'impose au cédé, qui peut désormais s'adresser à ce dernier. C'est donc la question de la cession de dette qui constitue le nœud de la démonstration¹⁷⁴³.

467. Mais, outre que cette conception ne résout pas le sort des droits potestatifs, elle admet que l'opposabilité n'est pas totale, car « *il convient de sauvegarder les intérêts du créancier cédé qui a un droit acquis à ce qu'on ne lui enlève pas la garantie de sa créance, constituée par le patrimoine de son débiteur* »¹⁷⁴⁴. En réalité, si les diverses conceptions dualistes admettent la validité de la cession en l'absence d'un accord du cédé, elles insistent au minimum sur la nécessité d'un consentement du cédé pour libérer le cédant, afin d'assurer une véritable transmission du rapport contractuel et de la qualité de partie. Il s'ensuit que la cession de contrat ne peut être qu'imparfaite ou cumulative¹⁷⁴⁵. Selon L. AYNÈS, qu'il s'agisse de la cession passive de l'obligation ou de celle des droits potestatifs, aucune solution, même théoriquement appropriée, ne peut être trouvée dans la décomposition du rapport contractuel ; celle-ci conduit nécessairement à la désintégration de la force obligatoire du contrat, alors même que le problème de la cession de dette n'est pas pour autant résolu¹⁷⁴⁶. Même si cette conception a reçu parfois une consécration indirecte de la part de la Cour de cassation, spécialement lorsque celle-ci retient que la cession de contrat est soumise au dispositif de l'article 1690 du Code civil propre à la cession de créance, la doctrine unanime considère qu'il ne paraît pas possible de construire la cession de dette sur le modèle de la cession de créance : on devrait en effet se passer du consentement du créancier cédé, ce qui est impossible.

En raisonnant sur les droits et obligations engendrés par le contrat, la jurisprudence est hostile à cette transmission qui heurte du front le principe de

¹⁷⁴¹ Ch. LARROUMET, thèse, préc., n° 1, p. 9.

¹⁷⁴² Ch. LARROUMET, op. cit., n° 1, p. 9.

¹⁷⁴³ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, p. 1121 et s.

¹⁷⁴⁴ Ch. LARROUMET, thèse, préc., n° 41, p. 62.

¹⁷⁴⁵ Ch. LARROUMET, thèse, préc., n° 41, p. 62.

¹⁷⁴⁶ L. AYNÈS, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », *Economica*, 1984, préface Ph. MALAURIE, n° 104, p. 81.

l'incessibilité des dettes sans l'accord du créancier cédé¹⁷⁴⁷. Si l'on veut admettre une véritable cession de contrat en dehors de différentes hypothèses légales, il peut alors apparaître nécessaire d'échafauder un système qui permette de libérer le cédant sans l'accord du cédé et de transmettre l'ensemble des droits potestatifs au cessionnaire¹⁷⁴⁸. C'est pourquoi a été développée une conception moniste de la cession de contrat.

2° La conception moniste

468. Cette conception est inspirée des analyses italiennes et portugaises. La cession du contrat synallagmatique est plus que l'addition d'une cession de créances et d'une reprise de dettes : elle est un transport unitaire et intégral du rapport contractuel. C'est ce que l'on appelle la théorie unitaire¹⁷⁴⁹. Contrairement à ce qui se passe en cas de délégation, le cessionnaire acquiert du cédant non seulement les droits et obligations que celui-ci avait à l'égard du cédé, mais aussi sa qualité de partie. L'intérêt majeur de l'analyse est de conférer au cessionnaire non seulement la créance du cédant, mais aussi ce qu'on appelle les droits potestatifs. Cette théorie a été développée en France par L. AYNÈS¹⁷⁵⁰. C'est l'entité contractuelle, conventionnelle ou légale, qui est visée et, dès lors, la cession de contrat a pour objectif principal d'assurer la continuation du contrat et le maintien de l'obligation contractuelle, en dépit du changement de l'une des parties, dès l'instant que le contrat n'a pas épuisé son utilité économique¹⁷⁵¹. Dans cette optique, la cession ainsi perçue paraît être au service de la force obligatoire du contrat¹⁷⁵².

Cette conception, qui conclut, par un mouvement d'objectivisation ou de patrimonialisation du contrat, à la libre cessibilité des contrats, retient que la personnalité des contractants compte moins que l'opération économique qu'elles ont pour but de réaliser au moment où elles contractent¹⁷⁵³. Échappent à ce système, les contrats conclus *intuitu personæ* dans lesquels la personne du contractant peut être l'objet même du contrat, ou sa contrepartie, ce qui implique que ces contrats sont naturellement incessibles¹⁷⁵⁴. Tout en limitant la cession du contrat aux seuls contrats qui ne sont pas conclus *intuitu personæ*, cette conception précise qu'il ne s'agisse pas

¹⁷⁴⁷ Cass. 1^{er} civ., 2 juin 1992 : JCP G 1992, I, n° 3632, obs. M. BILLIAU; RTD civ., 1993, p. 122, obs. J. MESTRE ; D. 1993, somm. p. 211, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁷⁴⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, p. 1124, n° 1139.

¹⁷⁴⁹ Ph. MALAURIE, « *La cession de contrat* » : Defrénois 1976, p. 1009.

¹⁷⁵⁰ L. AYNÈS, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », *Economica*, 1984, Préface Ph. MALAURIE,

¹⁷⁵¹ L. AYNÈS, op. cit., p. 11 et 124.

¹⁷⁵² L. AYNÈS, op. cit., p. 21. n° 1.

¹⁷⁵³ M. BAILLIAU et Ch. JAMIN, note sous, Cass. com. 6 mai 1997 : D. 1997, p. 588.

¹⁷⁵⁴ L. AYNÈS, op. cit., p. 231 et s.

d'un lien nouveau, c'est le même contrat qui perdure. Dans cette optique, la cession du contrat dispose d'un effet translatif. Selon L. AYNÈS, c'est la permanence de la cause qui permet le maintien du contrat malgré le changement dans la personne de l'une des parties¹⁷⁵⁵.

Cependant, la doctrine paraît unanime : si la cession de contrat a pour objet, dans la commune intention du cédant et du cessionnaire, de libérer le cédant, elle doit rester une opération à trois personnes dans sa formation même, le cédé étant alors partie à la convention de cession¹⁷⁵⁶. Si la cession de contrat n'a pour objet que de rendre le cessionnaire débiteur du cédé sans libérer le cédant, elle ne produit cet effet, à défaut d'intervention du cédé, qu'en vertu d'une exception au principe de l'effet relatif des conventions, ce que certains refusent, pour cette raison¹⁷⁵⁷.

469. Pour surmonter l'obstacle constitué par le principe de l'effet relatif du contrat, l'auteur propose une analyse fondée sur une présomption légale de volonté. Il soutient en réalité une nouvelle interprétation de l'article 1122 du Code civil. En contractant avec le cédé, le cédant « est censé avoir stipulé pour (...) ses ayants cause » (c'est-à-dire le cessionnaire). En même temps, le cédé est lié avec ce dernier, parce qu'en contractant avec le cédant, il est inversement censé avoir contracté avec l'ayant cause de celui-ci. Dans cette optique, cessionnaire et cédé sont unis par un lien contractuel et peuvent agir directement l'un contre l'autre. Ainsi, on peut se passer du consentement du cédé¹⁷⁵⁸.

Cette conception soutenait avoir reçu la consécration de la Cour de cassation qui avait jugé que « la cession de contrat synallagmatique permet au cédé de poursuivre directement le cessionnaire qui est tenu envers lui en vertu du contrat cédé »¹⁷⁵⁹. Mais cet arrêt n'a pas été suivi et la jurisprudence penche vers une conception plus subjective de la cession du contrat.

B. La conception subjective de la cession de contrat

470. Il serait, certes, difficile de nier toute objectivisation de contrat, alors que le contrat ne constitue pas uniquement un lien entre deux personnes, mais représente aussi une valeur patrimoniale en soi. Cette conception postule ainsi certains avantages pratiques et se révèle surtout utile lorsque le contrat est l'instrument d'une

¹⁷⁵⁵ L. AYNÈS, op. cit., p. 83 et s.

¹⁷⁵⁶ L. AYNÈS, op. cit., p. 101.

¹⁷⁵⁷ L. AYNÈS, op. cit., p. 102.

¹⁷⁵⁸ L. AYNÈS, préc., n° 201 et s, spéc., n° 236, p. 170.

¹⁷⁵⁹ Cass. civ. 1^{er}, 14 déc. 1982 : D. 1983, p. 416, note L. AYNÈS. – RTD civ., 1983, p. 531, obs. F. CHABAS.

entreprise, le support d'une richesse qui doit pouvoir circuler ou simplement un moyen de subsistance¹⁷⁶⁰.

Cependant, la conception objective réduit considérablement la part assignée à la volonté des parties, et c'est pourquoi elle est ignorée ou contestée par la majorité de la doctrine¹⁷⁶¹. On ne s'entend pas, en effet, sur la mesure de cette objectivisation du contrat. Tout en ne niant pas l'utilité de la cession du contrat, on propose de concilier les aspects patrimoniaux et volontaristes du contrat¹⁷⁶². En effet, la conception moniste soutient que, hormis le cas où il est conclu *intuitu personæ*, le contrat est moins un lien entre deux personnes qu'un bien qui s'en détache, ce qui lui donne vocation à circuler une fois conclu¹⁷⁶³. Or, non seulement cette conception est difficilement conciliable avec le caractère personnaliste ou subjectif de l'obligation, contenu aux articles 1134 et 1165 du Code civil, mais aussi elle soutient une perception de la réalité économique ignorante de l'économie de transaction¹⁷⁶⁴. L'importance de la personnalité du contractant ou du débiteur ne cesse, en effet, d'être affirmée, surtout dans les relations contractuelles qui se perpétuent dans le temps, et alors même que l'*intuitus personæ* est absent, ce qui est le domaine exclusif de la cession du contrat¹⁷⁶⁵. La considération de la personne du débiteur est essentielle, non seulement lorsqu'on envisage l'obligation comme un lien de droit, mais aussi lorsqu'on la considère comme une valeur patrimoniale : la créance vaut ce que vaut le débiteur ; elle dépend de sa solvabilité, de son honnêteté, de son intelligence aux affaires¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, op. cit. p. 443, n° 906 : la cession de contrat est conçue comme une alternative à la résiliation fâcheuse lorsque le contrat est l'instrument d'une entreprise.

¹⁷⁶¹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, p. 1121, n° 1034 et s et les références citées.

¹⁷⁶² Ch. JAMIN, note sous Cass. com., 7 janvier 1992 : JCP 1992, I, 3591, p. 269.

¹⁷⁶³ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1042, p. 1126.

¹⁷⁶⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1042, p. 1126.

¹⁷⁶⁵ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, 1042, p. 1126. – M. BILLIAU et Ch. JAMIN, note sous Cass. com., 6 mai 1997 : D. 1997, p. 588 et les références cités – D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 6 mai 1997 : Defrénois, art. 36633, p. 977, spécialement, n° 6.

¹⁷⁶⁶ H. L. et H. MAZEAUD, F. CHABAS, « *Leçons de droit civil* », t. II, Vol. 1. *Obligations, théorie générale*, Montchrestien 9^e éd., 1998, par F. CHABAS, n° 1277, p. 1298. – V aussi, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Les obligations* », Defrénois, 4^e éd., 2009, p. 779 et s, spécialement, p. 783: Il est impossible de réaliser une véritable cession de dette, c'est-à-dire un transfert non seulement économique mais juridique de l'obligation d'un débiteur à un tiers. Il semble aujourd'hui que l'obstacle ne soit pas technique, mais fondamental : il tient à la nature de la dette, qui ne peut, en elle-même, faire l'objet d'une transmission (Ibid., n° 1437, p. 780). La dette ne peut faire l'objet d'une cession par le même procédé que la créance. Cela tient au fait que la dette n'est jamais, pour le débiteur, une valeur en elle-même, mais demeure indissociable de sa cause (Ibid., n° 1443, p. 783).

471. En effet, « les inconvénients ou avantages de la cession non translatrice dépendent du point de vue où l'on se place. Il en va du cautionnement comme de la cession de l'entreprise : si, du point de vue du cessionnaire, il vaut mieux que tous les contrats se poursuivent sans autre formalité à l'issue de la cession de l'entreprise du cédant, il n'en va nécessairement de même de point de vue de ses contractants, même si les contrats qu'ils ont conclus avec lui ne le sont pas intuitu personæ »¹⁷⁶⁷.

Il est encore douteux qu'une notion extensive de la cause, qui réduit le contrat à sa cause entendue comme le but économique voulu par les parties au moment de sa formation, permette de faire la synthèse des éléments qui composent le contrat. Il est, en outre, difficile d'admettre que la cause devienne le fondement de la force obligatoire du contrat, dans la mesure où l'article 1134 s'intéresse moins à la survie du contrat pris en tant que tel qu'au comportement de chacun des contractants¹⁷⁶⁸.

472. En fin de compte, outre qu'elle repose sur une interprétation discutable de l'article 1122 du Code civil et même en raisonnant uniquement sur l'entité contractuelle, cette conception moniste se heurte au même écueil que la conception dualiste, car elle ne résout pas non plus la question de la cession de dette et contourne l'épineuse question de la libération du cédant¹⁷⁶⁹. L. AYNÈS recourt donc à un autre type d'argument pour surmonter l'obstacle. Il affirme d'abord que « si l'on admet (...) que la cession de contrat a pour objet la continuation du contrat, et non la reprise de dette, la question de la libération du cédant devient secondaire »¹⁷⁷⁰. Autrement dit, l'objet principal de la cession de contrat est le maintien du contrat, de sorte que la question de la libération du cédant devient sans intérêt. L. AYNÈS expose ensuite, en se fondant sur des exemples de cession légale de contrat, que le cédant reste tenu à titre du garant¹⁷⁷¹. Or on n'a pas manqué de relever que la principale utilité de la cession est de permettre la survie du contrat lorsque l'une des parties ne veut plus ou ne peut plus l'exécuter¹⁷⁷².

¹⁷⁶⁷ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1053, p. 1140.

¹⁷⁶⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1044, p. 1128.

¹⁷⁶⁹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1041 et n° 1045, p. 1130. - M. BAILLAU. Ch. JAMIN, note sous Cass. com., 6 mai 1997 : D. 1997, p. 588. - F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil, Les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 1310 p. 1298 et s : analyser la cession de créance comme une cession de la qualité de contractant ne permet cependant pas de lever l'obstacle fondamental constitué par la présence du contractant et par le principe de l'effet relatif du contrat. Pas plus que la cession de dette, la cession de la qualité de contractant, dès lors que des obligations y sont attachées, ne peut être opposée au cocontractant du cédant s'il n'a pas donné son accord à l'opération.

¹⁷⁷⁰ L. AYNÈS, op. cit., p. 102. n° 133.

¹⁷⁷¹ L. AYNÈS, op. cit., p. 190 et s.

¹⁷⁷² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, op. cit. 1^{er} éd., n° 414, p. 256. - En ce sens, J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1061, p. 1145.

Cette conception se heurte toujours, en droit positif, conformément à une exigence classique¹⁷⁷³, au nécessaire consentement, non équivoque¹⁷⁷⁴, du cédé, afin que lui soit opposable la substitution du contractant. Ce consentement peut être donné au moment de la cession ou ultérieurement¹⁷⁷⁵.

473. Mettant un obstacle à la circulation des contrats, la doctrine objectiviste déplace alors le débat vers la portée de cet accord. Pour cette conception moniste, il ne s'agit que d'une simple autorisation, et l'agrément du cédé n'a pour objet que de permettre sa réalisation¹⁷⁷⁶.

Pourtant, cette opinion fait l'objet de vives critiques. D'une part, le consentement du cédé ne peut pas être un simple détail, il a pour effet de modifier les obligations de chacune des trois parties ainsi leurs situations patrimoniales respectives¹⁷⁷⁷. Le cédant reste tenu, et nul autre, en quelque qualité que ce soit, car il lui est interdit de ne pas exécuter son propre engagement (1134 C. civ). Corrélativement, l'article 1165 du Code civil interdit de rendre fongible sa qualité de partie et d'imposer à un tiers, en l'occurrence le cédé, un contractant qu'il n'a pas choisi, par une convention conclue entre les seuls cédant et cessionnaire¹⁷⁷⁸. De même, il semble bien que dans la jurisprudence de la Cour de cassation le consentement du créancier cédé reste une condition indispensable pour que la cession de contrat réalise ses effets de manière parfaite. En droit positif, « *il ne paraît pas que la Cour de cassation est prête à abandonner une doctrine et une jurisprudence classiques que certains auteurs s'évertuent pourtant à faire évoluer* »¹⁷⁷⁹. « *Le consentement du cédé apparaît en tout état de cause nécessaire pour préserver un équilibre entre le caractère patrimonial du contrat et le lien qu'il engendre entre deux personnes. C'est en tout cas à cette condition que la libération du cédant paraît admissible* »¹⁷⁸⁰. Toutes ces raisons militent pour affirmer que la cession de contrat réalise un nouveau contrat, et non le même contrat qui est transmis. Surtout, il ne peut s'agir d'un même contrat transmis dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de cassation condamne la conception de

¹⁷⁷³ Par application de l'article 1134 du Code civil, le cédé « *ne pouvait être forcé de reconnaître, pour partie dans le contrat, d'autres individus que ceux avec lesquels il avait contracté* » : Req., 3 juillet 1827 : S. 1825-1827, 1, p. 631. – V. aussi, à propos de la cession du bail : Ass. Plén., 14 février 1975 : D. 1975. 349 ; RTD com., 1975, p. 472, obs. M. PÉDAMON.

¹⁷⁷⁴ CA Montpellier 1947 : JCP 1946, II, 3114, note R. C : « *la transmission à un tiers des obligations actives et passives, corrélatives, résultant, pour l'une des parties, d'un contrat synallagmatique, tendant à une substitution du débiteur, n'est opposable à l'autre partie que si elle a été acceptée par cette dernière* ». – Cass. com., 6 mai 1997, préc. – Cass. com., 24 juin 1997 : RJDA, 11/1997, n° 33, à propos d'un contrat de location à l'acquéreur d'un fonds de commerce.

¹⁷⁷⁵ M.-L. IZORCHE, « *Circulation du contrat* », J.- CL. Contrats – distribution, Fasc. 160. 1995

¹⁷⁷⁶ L. AYNÈS, « *Rôle du cédé* » : D. 1998. chron. 25.

¹⁷⁷⁷ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1052, p. 1137 et s.

¹⁷⁷⁸ M. BILLIAU et Ch. JAMIN, note sous Cass. com., 6 mai 1997, : D. 1997, p. 588.

¹⁷⁷⁹ D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com., 24 juin 1997 : Defrénois 1998, art. 36753, p. 345.

¹⁷⁸⁰ Ch. JAMIN, « *Cession de contrat et consentement du cédé* » : D. 1995, p. 131.

l'autonomie de la cession conventionnelle du contrat en admettant que « *le fait qu'un contrat a été conclu en considération de la personne ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti* »¹⁷⁸¹. Désormais, la cession conventionnelle du contrat exige dans tous les cas, le consentement du cédé. C'est une conception plus subjective que celle qui admet sa cession indépendamment du consentement du cédé. La personne du contractant n'est pas indifférente lors de l'exécution du contrat, que celui-ci soit ou non conclu *intuitu personae*¹⁷⁸².

474. La transmission des contrats à l'occasion de la cession de l'entreprise suit la même logique que la cession conventionnelle du contrat en droit des obligations : il ne s'opère pas de cession de dette résultant de la cession de contrat. Ce principe est même souvent affirmé à l'occasion de la cession de l'entreprise individuelle¹⁷⁸³, ce qui ne réjouit pas la doctrine de l'entreprise, mais confirme l'absence d'une politique juridique tendant à conférer à l'entreprise une organisation de nature à soutenir l'existence d'une possible autonomie patrimoniale.

En effet, c'est au regard de la multiplication des cas de cession légale de contrat que la doctrine a voulu voir une conception autonome de la cession conventionnelle du contrat. Autrement dit, c'est en se fondant sur les cas de cession légale des contrats que cette doctrine a essayé de construire une théorie autonome de la cession conventionnelle du contrat. Pourtant, d'une part, le législateur n'intervient pas uniquement pour permettre une cession légale du contrat, mais aussi pour l'interdire en l'absence de l'accord du cédé¹⁷⁸⁴. D'autre part, compte tenu de la diversité des régimes juridiques des cessions légales de contrat, il ne paraît pas possible de construire une conception de la cession conventionnelle du contrat, inspirée des cessions légales, dans la mesure où le droit positif subordonne la validité de la cession au consentement non équivoque du créancier cédé¹⁷⁸⁵.

Il convient alors de préciser l'incidence des cessions légales de contrat sur l'émergence d'une possible consécration d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle.

¹⁷⁸¹ Cass. com., 7 décembre 1992 : Bull. civ. IV, n° 3 ; JCP G 1992, I, n° 3591, obs. Ch. JAMIN. – D. 1992. somm. p. 278, obs. L. AYNÈS ; C.C.C. 1992, n° 110, obs. L. LEVENEUR. –V. aussi, CA Paris, 3 novembre 1994 : Defrénois 1995, p. 1048, obs. D. MAZEAUD. – RTD civ., 1995, p. 369, obs. J. MESTRE : dont la Cour d'appel de Paris semble même être allée au delà, en subordonnant seulement la cession d'un contrat conclu *intuitu personae* à un avertissement ou un avis préalable adressé au cédé.

¹⁷⁸² M. BILLAU et Ch. JAMIN, note sous Cass. com., 6 mai 1997 : D. 1997, p. 588.

¹⁷⁸³ Cass. com. 24 juin 1997 : Defrénois 1998, art. 36753, p. 345, obs. D. MAZEAUD.

¹⁷⁸⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, p. 1116.

¹⁷⁸⁵ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, p. 1116 et s.

§2. L'incidence de la cession légale et judiciaire du contrat sur l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle

475. Il est acquis que le droit français s'en tient au principe de non-transmission automatique des contrats nécessaires à l'exploitation du fonds du commerce à l'occasion de la cession de celui-ci. Nul ne soutient l'existence d'une organisation patrimoniale de l'entreprise à travers une théorie générale de la cession de contrat. Ainsi, les travaux doctrinaux qui ont essayé de soutenir l'émergence d'une telle organisation par un mouvement d'objectivisation ou de patrimonialisation du contrat n'ont pas abouti. Ils n'ont été admis ni par le législateur ni par la jurisprudence. Une théorie subjective de la cession de contrat est retenue en droit positif et rallie la majorité de la doctrine. Selon une partie de celle-ci, l'expression « cession légale du contrat », recouvre en réalité toutes les hypothèses dans lesquelles le législateur a expressément envisagé la cession d'un contrat particulier. L'emploi du pluriel s'impose, car il n'existe pas une cession légale, mais plusieurs types de cession¹⁷⁸⁶. Plus clairement, le législateur ne s'est pas préoccupé d'élaborer une théorie générale de la cession de contrat. Il s'est borné à régler des situations particulières, sans d'ailleurs se préoccuper d'organiser chaque régime¹⁷⁸⁷. Le législateur permet ou impose une cession de contrat sans le consentement du contractant cédé, et même parfois sans le consentement des parties. Il ne règle pas non plus toujours les conséquences de la cession et de nombreuses zones d'ombre subsistent¹⁷⁸⁸.

476. En revanche, en droit des procédures collectives, le législateur organise une cession judiciaire de l'entreprise. La cession de l'entreprise a pour objet des éléments actifs en activité. Autrement dit, la cession a pour objet le support d'une activité à exploiter et non un ensemble d'actifs à liquider. Ce choix est essentiel car il détermine la nature de l'objet même de la cession : c'est nécessairement l'entreprise ou l'une au moins de ses branches d'activité qui est cédée, c'est-à-dire un ensemble susceptible d'exploitation autonome et composé d'éléments d'actif auxquels sont attachés des emplois. Elle peut porter non seulement sur l'entreprise elle-même, mais aussi sur une simple branche d'activité.

Il convient donc de s'interroger successivement sur l'incidence de la cession légale de contrat (A), puis de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté (B).

¹⁷⁸⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ. 3^e éd., 2001, n° 1068, p. 1150.

¹⁷⁸⁷ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ. 3^e éd., 2001, n° 1074, p. 1154.

¹⁷⁸⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ. 3^e éd., 2001, n° 1074, p. 1154.

A. L'incidence de la cession légale de contrat sur l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle

477. La théorie objective attache à la cession légale du contrat un effet translatif. Selon cette conception, contrairement à la solution retenue en matière de cession de dette ou de contrat, le cédant est libéré pour l'avenir et, s'il reste engagé, c'est en sa qualité de garant. A une telle conception s'oppose une conception plus subjective qui paraît être celle du droit positif. Selon cette conception, défendue particulièrement par MM. GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, en autorisant la cession de contrat, ou en l'imposant parfois, le législateur a certainement envisagé la transmission même du contrat. Autrement dit, il n'est pas déraisonnable d'attacher aux divers cas de cessions légales un effet translatif exclusif de toute novation, ce qui les distingue de la cession conventionnelle du contrat¹⁷⁸⁹. En revanche, si le législateur peut parfois traiter le contrat comme un bien, c'est-à-dire un composé d'éléments objectifs, il ne peut pas ignorer totalement l'aspect subjectif du contrat qui participe de sa nature. Si le législateur peut imposer la cession sans le consentement des parties, il ne peut pas se substituer aux volontés, il est aussi impuissant que le sont les volontés individuelles pour modifier certains principes essentiels des contrats. Son pouvoir d'action s'en trouve limité d'autant et l'on se sera pas étonné de constater finalement que les conséquences concrètes développées par les cessions légales ne sont pas si éloignées de celles produites par la cession conventionnelle qui n'est pourtant pas translative¹⁷⁹⁰.

Il est en effet inexact d'affirmer que la libération du cédant n'est pas le but de la cession de contrat, parce qu'elle est son effet naturel¹⁷⁹¹. Mais, en règle générale, si la cession de contrat, autorisée ou imposée par la loi, produit un effet translatif, celui-ci est limité au contrat compris comme source de l'obligation. Plus clairement, le contrat est avant tout une source d'obligations et celles-ci ne naissent pas nécessairement au jour de la rencontre des volontés, mais peuvent naître au fur et à mesure de son exécution lorsqu'il est successif. Dans ce sens, une dissociation peut ainsi se produire entre le contrat et les obligations qu'il engendre¹⁷⁹². Plus clairement encore, si l'on retient que les obligations naissent au fur et à mesure de l'exécution, leur source, c'est-à-dire le contrat, est transmise et oblige le cessionnaire, mais les obligations postérieures à la cession ne résultent pas d'une transmission ; elles naissent au seul chef du cessionnaire qui a recueilli le contrat dans son patrimoine, ce

¹⁷⁸⁹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1075, p. 1155.

¹⁷⁹⁰ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1075, p. 1155.

¹⁷⁹¹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1079, p. 1159.

¹⁷⁹² J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1079, p. 1159.

qui implique une limitation de l'effet translatif de la cession de contrat¹⁷⁹³. Au demeurant, le cessionnaire est tenu envers le cédé en vertu de la force obligatoire attaché au contrat transmis, mais les obligations qui en résultent naissent directement à son profit et à sa charge¹⁷⁹⁴.

Les intérêts pratiques de cette analyse sont considérables et permettent d'expliquer les solutions et les conséquences diverses et éparses qu'impliquent les différents cas de cessions légales du contrat. Certes, du point de vue du cessionnaire, il n'en résulte pas de conséquences notables, puisqu'il sera obligé envers le cédé, et réciproquement, quelle que soit l'analyse retenue. En revanche, du point de vue du cédant, en règle générale, si les obligations sont nées avant la cession, il demeure tenu envers le cédé puisque le principe de l'incessibilité des dettes ne lui permet pas de se libérer sans le consentement de son créancier. Parce que la cession légale de contrat ne porte que sur le contrat en tant que source d'obligation, elle n'engendre en principe aucun transfert des dettes ou des créances nées antérieurement à la cession¹⁷⁹⁵. Inversement, si les obligations sont nées postérieurement à la cession, le cédant est libéré pour l'avenir¹⁷⁹⁶, sans que cette libération heurte le principe de l'incessibilité des dettes, puisque la cession, expressément autorisée par la loi, ou imposée par elle, fait précisément obstacle à la naissance d'une dette du chef du cédant¹⁷⁹⁷.

Cette explication veut pour tous les cas où le législateur a envisagé une cession légale du contrat, que celle-ci porte sur le contrat de travail (1°), le contrat de bail commercial (2°), le contrat d'assurance (3°) ou le contrat d'édition (4°).

1° La cession légale du contrat de travail

478. Selon l'article L. 1224-1 du Code du travail (ancien art. L. 122-12, al. 2), « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». La conséquence principale du transfert de l'activité est que le personnel de l'employeur-vendeur devient obligatoirement et automatiquement le personnel de l'employeur-acquéreur, ni le vendeur ni l'acquéreur, ni aucun des membres du personnel ne pouvant s'y opposer.

¹⁷⁹³ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1079, p. 1159.

¹⁷⁹⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1079, p. 1159. – V. L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷⁹⁵ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1080, p. 1159.

¹⁷⁹⁶ Cette solution est retenue en matière de baux commerciaux.

¹⁷⁹⁷ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, n° 1079, p. 1159.

Il s'agit en réalité d'une cession légale du contrat qui s'applique de plein droit et s'opère même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs¹⁷⁹⁸. Le souci premier de ce texte est cependant de protéger les intérêts des salariés ainsi que de garantir la stabilité de leur emploi¹⁷⁹⁹ et la prise en compte de l'entreprise n'est qu'incidente. Par suite, cette disposition ne peut pas être invoquée en faveur de l'existence d'un passif propre de l'entreprise. L'analyse de son régime montre au surplus qu'il n'y a pas à proprement parler une transmission des dettes antérieures à la cession et que l'ancien employeur ne devient pas un débiteur subsidiaire, car il n'est pas libéré de sa dette. Le cédant reste en définitive responsable de créances de salaires nées avant le transfert, ou nées postérieurement mais trouvent leurs causes dans le travail fourni avant le transfert¹⁸⁰⁰.

D'une part, si aux termes de l'article L. 1224-2, alinéa 1^{er}, du Code du travail (ancien art. L. 122-12-1 al. 1) « *Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification* », aux termes de l'alinéa 2 du même article, « *Le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification (...)* ». Plus clairement, l'alinéa premier concerne l'obligation à la dette alors que le deuxième alinéa concerne la contribution définitive à la dette qui reste à la charge du débiteur originaire. Plus clairement encore, le texte pose le principe de la solidarité des employeurs successifs, ce qui renforce le crédit des salariés. Ainsi, par exemple, le nouvel employeur est tenu de payer l'intégralité de l'indemnité de congés payés,

¹⁷⁹⁸ Traditionnellement la Cour de cassation n'exigeait pas, pour l'application de l'article 23 § 7 du livre 1^{er} de l'ancien Code du travail (devenu l'article 122-12, al. 2, nouvel article L. 1224-1), l'existence d'une relation juridique entre le premier et le second employeur. Cette solution était constante depuis 1934 (Arrêt Goupy, Cass. soc. 27 févr. 1934, S. 1934, 1. 179) et maintes fois affirmée. En 1986, la Cour de cassation a opéré un revirement radical en décidant dans une série d'arrêts du même jour que la modification de la situation juridique de l'employeur « *implique l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs* » : Cass. soc. 12 juin 1986 : D. 1986. 461, note J.-P. KARAQUILLO ; Dr. social 1986, p. 608, concl. G. PICCA, note H. BLAISE, p. 837 et A. LYON-CAEN, p. 848). Cette jurisprudence a été critiquée en mise en contradiction avec la directive européenne du 14 février 1977. Par deux arrêts de son assemblée plénière en date du 16 mars 1990, se mettant en conformité avec le droit communautaire, la Cour de cassation a finalement abandonné sa jurisprudence du 1986 et donc est revenue au point du départ : Cass. ass. Plén. 16 mars 1990 : D. 1990, p. 305, note A. LYON-CAEN ; Dr. Social 1990, 399, concl. H. DONTENWILLE, p. 412 note G. COUTURIER, et p. 416, note X. PRÉTOT ; RJS 1990, p. 219, n° 281 et 282, et concl. H. DONTENWILLE, p. 206. Ce principe a été définitivement affirmé : Cass. soc., 16 mai 1990 : RJS 1990, n° 553, p. 388 ; Cass. soc., 13 juin 1990 : RJS 1990, n° 554, p. 388 ; Cass. soc., 22 juin 1993 : RJS 89/1993, n° 845 ; Cass. soc., 20 octobre 1994 : JCPE 1995, II, 726, 2^e espèce, note J.-J. SERRET ; Cass. soc., 12 octobre 1999 : RJS 4/2000, n° 378.

¹⁷⁹⁹ G.-H. CAMERLYNCK, « *Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? (à propos d'un récent arrêt de la Cour de cassation)* » : D. 1978, chron. p. 269.

¹⁸⁰⁰ V. notamment, Cass. soc., 17 janvier 1979 : Bull. civ., V, n° 41 ; D. 1979, IR. 298. - J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, « *Droit du travail* », 25^{ème} éd., Dalloz 2010, n° 385. - A. MAZEAUD, « *Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : Vers une réécriture des articles L. 1222-12 et L. 122-12-1 du Code du travail ?* » : D. 1998, chron., 106. - V. S. DARMAISIN, « *Le concept de transfert d'entreprise* » : Dr. social 1999, p. 343.

qui naissent au jour de la prise des congés, mais il peut réclamer au cédant le remboursement *pro rata temporis*, c'est-à-dire pour la fraction de cette somme correspondant à la période antérieure au transfert. Pour la Cour de cassation, cette fraction de l'indemnité de congés payés qui n'est pourtant exigible que postérieurement au transfert demeure une dette du cédant¹⁸⁰¹. Ainsi, le cessionnaire acquitte une dette qui n'est pas la sienne, de sorte qu'il dispose d'un recours contre le cédant. Ce recours semble être fondé sur l'article 1251 du Code civil : le cessionnaire, subrogé au salarié, y exerce tous les droits et sûretés qui appartiennent à ce dernier. La même solution s'applique pour les primes annuelles¹⁸⁰².

D'autre part, la possibilité reconnue au salarié de réclamer le paiement au nouvel employeur ne l'empêche pas, s'il le préfère, d'agir contre son précédent employeur pour la partie de ses créances née avant le transfert de l'entreprise¹⁸⁰³. En effet, les deux employeurs peuvent convenir que le recours subrogatoire ne sera pas ouvert au cessionnaire, ce dont ils peuvent avoir tenu compte dans l'acte qui réalise le transfert. Une telle convention est inopposable aux tiers, donc aux salariés qui peuvent cependant s'en prévaloir¹⁸⁰⁴. Ces solutions sont directement inspirées du droit commun qui interdit la cession de dette à titre particulier sans le consentement du créancier. En faisant du cessionnaire un simple garant des engagements antérieurs, le législateur n'a pas entendu valider une cession de dette qui se serait avérée contraire à la protection recherchée (deux débiteurs valent mieux qu'un)¹⁸⁰⁵.

En conclusion, le transfert des contrats de travail n'est guère favorable à la reconnaissance de l'entreprise. L'article L. 1224-2 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. C'est le cas aussi, en matière de cession de bail.

2° La cession légale du contrat de bail commercial

479. L'article L. 145-16 du Code de commerce dispose que « *Sont également nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise* ». Ainsi, ce texte relatif à une cession légale favorise et assure la

¹⁸⁰¹ Cass. soc., 19 février 1992 : RJS 4/1992, n° 411. – V. également, Cass. soc. 2 février 1984 : D. 1984. 321, note G. PICCA et H. ECOUTIN.

¹⁸⁰² Cass. soc., 8 novembre 1988 : Bull. civ. V, n° 572.

¹⁸⁰³ Cass. soc., 3 avril 1991 : RJS 1991, n° 561, p. 299. – Cass. soc. 12 février 1992 : RJS 1992, n° 254, p. 158. – Cass. soc., 6 avril 2011 : JCP S 2011, n° 27, 1327, note C. PUIGELIER.

¹⁸⁰⁴ Rép. Trav., V° *Contrat de travail (Modification de la situation juridique de l'employeur : C. trav., art. L. 122-12, al.2*, par Y. CHALARON. – V. également, Cass. soc., 12 févr. 1992 : RJS 1992, n° 254, p. 158. – Cass. soc. 13 octobre 1988 : Bull. civ., V, n° 492.

¹⁸⁰⁵ J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, p. 1159, n° 1080.

circulation de contrats de bail en interdisant au bailleur de s'y opposer en cas de cession du fonds de commerce. Le législateur ne précise toutefois pas le régime général de cette opération. La seule règle certaine qui résulte des textes tient à l'absence de nécessité du consentement du bailleur, occupant la position du contractant cédé, à la cession, ce qui la distingue des hypothèses de cession conventionnelle de contrat, possible uniquement avec le consentement du contractant cédé¹⁸⁰⁶. La cession du bail commercial entre de cette façon dans la catégorie des cessions de contrat, dites légales, auxquelles s'attache un effet translatif et non novatoire¹⁸⁰⁷.

Dans ce cadre, il convient de préciser qu'aux termes d'une jurisprudence constante, la cession ne joue que pour l'avenir : le cédant est tenu des obligations antérieures à la cession et le cessionnaire des obligations postérieures. Ainsi, dans un arrêt du 12 juillet 1988, la Cour de cassation a décidé que le cédant doit seulement payer les loyers échus avant la cession¹⁸⁰⁸.

Cependant, dans un arrêt du 9 juillet 2003, la Cour de cassation a jugé, au visa des articles L. 145-16, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, 1730 et 1732 du Code civil, que « *les cessions successives d'un bail commercial opèrent transmission des obligations en découlant au dernier titulaire du contrat, qui devient débiteur envers le bailleur des dégradations causées par ses prédécesseurs* »¹⁸⁰⁹. Pourtant, l'article 1732 dispose que le preneur « *répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute* ». Or, dans cet arrêt, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a condamné le cessionnaire d'un bail commercial à réparer les désordres survenus durant l'occupation des locaux par le cédant, alors que la cour d'appel avait cantonné l'obligation de réparation aux dégradations survenues pendant la seule durée du bail du cessionnaire. Au vrai, cette solution vaut sous réserve de dispositions légales ou de stipulations contraires et ces dernières existaient précisément en l'espèce, où elles figuraient à l'acte de cession¹⁸¹⁰. Mais la Cour de cassation dit plus que cela. Elle retient, sans faire

¹⁸⁰⁶ M. BILLIAU, « *Toujours pas de cession de dettes en droit positif, même à l'occasion d'une cession légale de contrat* », Mélanges BÉGUIN, Litec, 2005, p. 17.

¹⁸⁰⁷ M. BILLIAU, « *Toujours pas de cession de dettes en droit positif, même à l'occasion d'une cession légale de contrat* », Mélanges J. BÉGUIN, Litec, 2005, p. 17.

¹⁸⁰⁸ Cass. civ., 3^e, 12 juillet 1988 : RTD com., 1989, p. 217, obs. M. PÉDAMON ; RTD com., 1990 p. 192 obs. M. PÉDAMON. - Paris, 11 juillet 1986 : D. 1987, p. 55, note D. FABIANI ; RTD civ., 1987, p. 538, obs. J. MESTRE.

¹⁸⁰⁹ Cass. civ., 3^e, 9 juillet 2003 : D. 2003, act., p. 2312, obs. Y. ROUQUET ; JCP G 2003, I, 186, n° 20, obs. A.-S. BARTHEZ. - V. Cependant, M. BILLIAU, « *Toujours pas de cession de dettes en droit positif, même à l'occasion d'une cession légale de contrat* », Mélanges J. BÉGUIN, Litec, 2005, p. 17.

¹⁸¹⁰ M.-P. DUMONT, « *Cession régulière de bail commercial et obligation d'entretien du preneur* » : AJDI 2003 p. 756 : l'acte de cession stipulait notamment que le cessionnaire s'engageait à prendre les lieux dans l'état où ils se trouvaient, à exécuter les charges et conditions du bail ainsi qu'à faire son affaire personnelle de la remise en état des locaux telle que le propriétaire serait en droit de l'exiger en vertu de l'état des lieux ou des clauses du bail.

référence aux stipulations de l'acte de cession, qu'en sa qualité de cessionnaire, dernier titulaire du droit au bail conféré par la cession, le preneur est tenu de l'ensemble des obligations nées du contrat de location et, par conséquent, de supporter en fin de bail le coût des travaux de remise en état nécessités par les dégradations commises par ses prédécesseurs¹⁸¹¹. Cet arrêt n'autorise pas une cession de dette, auquel cas il laisserait un réel sentiment d'injustice, mais accorde une faveur au bailleur qui sera désintéressé par le cessionnaire final quitte pour celui-ci à agir en remboursement contre le véritable auteur. Selon A.-S. BARTHEZ, « *la Cour de cassation l'a admis au moins une fois*¹⁸¹², *mais sans clairement préciser le fondement du recours, mais, à bien y réfléchir, l'article 1251-3° du Code civil constitue le fondement adéquat* »¹⁸¹³.

3° La cession légale du contrat d'assurance

480. La transmission des contrats d'assurance, lorsqu'elle est possible, ne nécessite aucune formalité préalable ou postérieure et ne nécessite pas non plus l'accord ou l'intervention de l'assureur. Ainsi, l'article L. 121-10, alinéa 1^{er}, du Code des assurances prévoit qu' « *En cas de décès de l'assuré ou d'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'héritier ou de l'acquéreur, à charge par celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat* »¹⁸¹⁴. Cependant, l'assureur, l'acquéreur ou l'héritier peuvent toujours résilier discrétionnairement le contrat, de sorte que l'absence de mise en œuvre de la faculté

¹⁸¹¹ M.-P. DUMONT, « *Cession régulière de bail commercial et obligation d'entretien du preneur* » : AJDI 2003 p. 756.

¹⁸¹² Cass. civ. 7 janv. 1947 : RTD civ., 1947, p. 201, obs. J. CARBONNIER ; JCP G 1947, II, 3510, note J. Becqué

¹⁸¹³ A.-S. BARTHEZ. obs. sous Cass. civ., 3^e, 9 juillet 2003 : JCP G 2003, I, 186, n° 20. – V. également, même auteur, JCP G 2010, n° 40, 983 : « *Même si cette solution trouve appui dans des considérations pratiques (favoriser la tâche du bailleur en lui permettant de s'adresser au dernier cessionnaire et demander la remise en état à celui qui a la maîtrise matérielle des lieux) et juridiques (l'obligation d'entretenir les lieux ne se révélant qu'au moment de leur restitution, il peut paraître naturel de la faire entièrement assumer par le dernier occupant), elle ne va cependant pas de soi : elle contrevient à l'idée répandue selon laquelle la cession de contrat n'opère que pour l'avenir, se conjugue mal avec l'article 1732 du Code civil aux termes duquel le locataire « répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance » et, enfin, paraît sévère pour un cessionnaire contraint de payer alors même qu'il peut ne pas être l'auteur des dégradations, voire ne rien en savoir s'il ignorait l'état initial des locaux. Attendons donc la prochaine occasion qui sera donnée à la Cour de cassation de prendre à nouveau parti... ».*

¹⁸¹⁴ En outre, l'article L. 324-1 du Code des assurances réserve aux entreprises d'assurance la faculté de « *transférer en totalité ou en partie leur portefeuille de contrats, avec ses droits et obligations, à une ou plusieurs entreprises agréées sous réserve de l'approbation de l'autorité administrative* ». Ici, l'accord des assurés n'est pas nécessaire, mais, ils disposent d'une faculté de résiliation. – dans le cadre des procédures collectives depuis la loi du 25 juillet 2005 le contrat d'assurance est soumis au droit commun de la continuation des contrats en cours. Il en résulte d'une part, que le contrat d'assurance n'est plus continué de plein droit, comme c'était le cas sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 et d'autre part, l'administrateur perd son droit de le résilier discrétionnairement. Désormais c'est l'administrateur qui seul la faculté de décider du sort du contrat : J. BONNARD, « *Droit des assurances* », Litec, 3^e éd., 2009, n° 255, p. 100.

de résiliation peut être analysée comme un consentement tacite du créancier cédé. Ainsi, la transmission du contrat d'assurance, qui peut être considérée comme un des cas de cession légale de droit commun, peut aussi être rapprochée de la cession conventionnelle de contrat¹⁸¹⁵.

481. Quoi qu'il en soit, ce texte n'est pas favorable à l'existence d'un passif propre de l'entreprise. En effet, le transfert des contrats au profit du cessionnaire n'est pas systématique et se heurte au moins à deux obstacles.

D'une part, l'article L. 121-10 a un champ d'application limité. La transmission automatique ne s'applique pas à l'ensemble des contrats d'assurance et sont exclus de son domaine des contrats qui peuvent être d'importance majeure pour le fonds cédé¹⁸¹⁶. Tel est le cas notamment des contrats d'assurance relatifs aux véhicules terrestres à moteur qui sont suspendus de plein droit à partir du lendemain, à zéro heure, du jour de l'aliénation (art. L. 121-10, al. 6 et L. 121-11 C. assur.)¹⁸¹⁷. Ainsi, malgré l'importance des véhicules terrestres à moteur parmi les matériels nécessaires à l'exploitation, les contrats d'assurance relatifs à ces véhicules ne sont pas transmis, en l'absence de souscription d'une assurance par le cessionnaire. D'autres contrats d'assurance n'entrent pas dans le champ de l'article L. 121-10 comme les assurances de personnes soumises au principe forfaitaire d'indemnisation. Ainsi, à titre d'exemple, l'assurance « homme-clé », ayant pour objet de garantir l'entreprise contre la disparition ou l'invalidité d'un ou plusieurs « hommes-clés », dont la disparition ou l'invalidité pourrait remettre en cause la survie de l'entreprise ou au moins entraîner un coût très élevé, n'est pas transférée à l'acquéreur du fonds et cela alors même que l'homme-clé peut faire partie des salariés dont le contrat est transféré au cessionnaire du fait de l'article L. 1224-1 du Code du travail (ancien art. L. 122-12). En outre, l'assurance crédit, ayant pour objet de garantir l'entreprise contre le risque de défaillance de son client par suite d'insolvabilité, est aussi exclue du champ d'application de l'article L. 121-10 susmentionné (art. L. 111-1 C. assur.)¹⁸¹⁸.

D'autre part, l'article L. 121-10 est soumis à certaines restrictions, même pour les contrats entrant dans son champ d'application. En particulier, il faut que

¹⁸¹⁵ J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, « *Traité de droit civil, les effets du contrat* », LGDJ., 3^e éd., 2001, p. 1151, n° 1070.

¹⁸¹⁶ B. PICHARD, « *Transfert des contrats d'assurance et cession de fonds de commerce* » : JCP E 1996, I, n° 547, p. 156 ; même article JCP N 1996, n° 3777, p. 984.

¹⁸¹⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, « *Droit des assurances* » : Dalloz, 13^e éd., 2001, n° 583, p. 439 : la transmission du plein droit n'est pas une solution adéquate en cas d'aliénation d'un véhicule terrestre à moteur, car en pratique l'aliénateur acquiert un nouveau véhicule pour lequel doit également être assuré. Le transfert de la garantie sur le nouveau véhicule est donc une solution meilleure que la transmission du contrat à l'acquéreur.

¹⁸¹⁸ B. PICHARD, « *Transfert des contrats d'assurance et cession de fonds de commerce* » : JCP E 1996, I, n° 547, p. 156.

l'assurance porte sur une chose déterminée et individualisée¹⁸¹⁹. Ainsi, lorsqu'une personne, propriétaire de plusieurs fonds, a souscrit une assurance multirisque pour l'ensemble de ses fonds et a procédé à la cession d'un seul de ces fonds, il n'y aura pas de transmission. Selon B. PICHARD, « *l'article L. 121-10 du Code des assurances paraît ainsi bien adapté à la transmission des contrats lorsque le fonds de commerce cédé est un fonds élémentaire, une boutique par exemple, et lorsqu'il s'agit d'assurance classique. En revanche, s'il s'agit de fonds plus complexes, ou de fonds faisant l'objet d'assurances plus sophistiquées, la transmission, souvent considérée comme automatique, se heurte à de nombreux obstacles, d'origines variées* »¹⁸²⁰. Il est de plus en plus fréquent que des groupes internationaux souscrivent des assurances auprès d'un seul assureur, pour l'ensemble de leurs risques pour le monde entier. Une telle situation pourrait elle aussi conduire à la non-transmission des contrats d'assurance relatifs au fonds cédé¹⁸²¹.

482. Cela étant, l'article L. 121-10 al. 3 du Code des assurances dispose : « *En cas d'aliénation de la chose assurée, celui qui aliène reste tenu vis-à-vis de l'assureur au paiement des primes échues, mais il est libéré, même comme garant des primes à échoir, à partir du moment où il a informé l'assureur de l'aliénation par lettre recommandée* ». Plus précisément, les dettes échues au jour du transfert sont à la seule charge du vendeur alors même qu'elles peuvent couvrir une période ultérieure où l'acquéreur sera garanti. L'assureur ne peut poursuivre que l'aliénateur mais les parties peuvent convenir dans l'acte de vente que le cessionnaire paye la partie correspondant à la période de sa jouissance du bien transmis pour lequel le prime d'assurance a été payée avant le transfert. De même, si l'aliénateur n'a pas informé l'assureur, celui-ci ne peut pas lui envoyer l'avis d'échéance de prime ni poursuivre contre lui la procédure de l'article L. 113-3 du Code des assurances relatif au défaut de paiement d'une prime ou d'une fraction de prime. C'est pourquoi tant que l'aliénateur n'en a pas informé l'assureur par lettre recommandée, il est caution solidaire des primes à échoir¹⁸²². En conclusion, toutes ces solutions, qui sont recommandées par le droit commun interdisant la cession de dette, ne favorisent pas l'émergence d'un passif propre de l'entreprise. La transmission légale des contrats d'assurance s'est imposée en raison de ses avantages pratiques et en vue d'éviter toute solution de continuité dans la garantie affectée au bien. La faculté de résiliation ouverte pour les deux

¹⁸¹⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, « *Droit des assurances* » : Dalloz, 13^e éd., 2001, n° 570, p. 434.

¹⁸²⁰ B. PICHARD, « *Transfert des contrats d'assurance et cession de fonds de commerce* » : JCP E 1996, I, n° 547, p. 156.

¹⁸²¹ B. PICHARD, « *Transfert des contrats d'assurance et cession de fonds de commerce* » : JCP E 1996, I, n° 547, p. 156.

¹⁸²² Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, « *Droit des assurances* » : Dalloz, 13^e éd., 2001, n° 575, p. 436.

parties montre néanmoins que l'appréciation subjective de la personne de l'assuré n'est pas évincée¹⁸²³.

4° La cession légale du contrat d'édition

483. L'article L. 132-16 du Code de la propriété intellectuelle (ancien art. 62 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique) dispose que « *L'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur* ». Ce texte permet donc à l'éditeur de céder les contrats d'édition sans le consentement de l'auteur, si le transfert s'opère dans le cadre de la cession du fonds de commerce¹⁸²⁴. Cette cession du fonds de commerce peut intervenir ou non dans le cadre d'une procédure collective¹⁸²⁵. Cet article marque la particularité de l'entreprise d'édition. Comme l'a observé DESBOIS, « *L'intuitus personae recule devant des considérations d'opportunité : les fonds de commerce d'édition perdraient la plus grande partie de leur valeur, si les contrats ne pouvaient les accompagner au fur et à mesure des mutations ; les auteurs éprouveraient eux-mêmes des déboires du fait de l'intransmissibilité, puisque le commerce de l'édition pâtirait d'une dépréciation des entreprises* »¹⁸²⁶. En revanche, le législateur n'a pas laissé l'auteur sans recours contre les cessions inopportunes et dangereuses, dans le cas par exemple où le cessionnaire du fonds susciterait des soupçons d'incompétence ou d'insolvabilité¹⁸²⁷. En effet, la cessibilité de plein droit du contrat de cession dans le cadre de la cession du fonds de commerce n'est pas inconditionnelle. Le législateur, dans l'alinéa 2 du même article, prévoit que si la cession « *est de nature à compromettre gravement les intérêts matériels ou moraux de l'auteur, celui-ci est fondé à obtenir réparation même par voie de résiliation du contrat* ». En réalité, il ne s'agit pas, à proprement parler, de réparation, puisque l'auteur est fondé à agir dès la cession du fonds, lorsque celle-ci est, selon une appréciation impartiale des probabilités, de nature à compromettre

¹⁸²³ V. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, « *Droit des assurances* » : Dalloz, 13^e éd., 2001, n° 577, p. 436.

¹⁸²⁴ TGI de Paris, 7 mai 1996 : RIDA, octobre 1996, p. 304.

¹⁸²⁵ E. PIERRAT, « *Le droit de l'auteur et l'édition* », Éditions Du Cercle de la Librairie, 1998, p. 149, « *le redressement judiciaire de l'éditeur n'entraîne pas la résiliation du contrat* », (article L. 132-15, al. 1). Cependant, selon l'alinéa 4 « *lorsque l'activité de l'entreprise a cessé depuis plus de trois mois ou lorsque la liquidation judiciaire est prononcée l'auteur peut demander la résiliation du contrat* » d'édition et de son contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle. V. TGI de Paris, 3 septembre 1997 : RIDA janvier 1998, p. 255. De même, aux termes de l'article L. 131-8, les auteurs disposent cependant comme les salariés, d'une créance privilégiée sur l'éditeur failli. Celle-ci peut s'exercer pour les trois dernières années de rémunérations dues. V. également, P. FRÉMOND, « *Le privilège légal des auteurs et de leurs ayants droit* » : Cah. Dr. Auteur, 1988, n° 6, p. 11. – F. POLLAUD-DULIAN, « *Les droits intellectuelles dans la tourmente des procédures collectives* », Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON, Dalloz 1995, p. 365.

¹⁸²⁶ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », Dalloz 1978, 3^e éd., p. 703, n° 596.

¹⁸²⁷ V. H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », Dalloz 1978, 3^e éd., n° 596, p. 704.

ses intérêts matériels et moraux. La résiliation du contrat d'édition est une mesure préventive qui permet aux cocontractants du cédant de tirer les conséquences de la mauvaise réputation du cessionnaire en rompant leur lien contractuel¹⁸²⁸.

L'action en résiliation anticipée qu'institue ce texte tend à protéger, non seulement les intérêts moraux de l'auteur, mais aussi ses intérêts patrimoniaux. Le cessionnaire doit, non seulement procéder consciencieusement à l'édition, mais aussi pourvoir au ponctuel paiement des redevances. Sinon, il serait inutile de prévoir la résiliation anticipée en considération de l'éventualité d'un préjudice matériel¹⁸²⁹. Les juges examinent cependant très sévèrement les contestations soulevées par les auteurs et leur demandent une véritable démonstration du grave préjudice qu'ils subiraient en cas de transfert¹⁸³⁰. Mais il reste toutefois possible pour l'auteur de faire simplement figurer dans le contrat une clause aux termes de laquelle celui-ci ne sera pas cédé avec le fonds de commerce¹⁸³¹. Si le texte dispose que le cessionnaire est tenu des dettes afférentes aux contrats d'édition, il ne déclare pas pour autant libéré le cédant. Il semble difficile d'admettre que tout le passif qui concerne les contrats d'édition soit purement et simplement transmis au cessionnaire. Hormis une convention particulière, à laquelle les auteurs seraient parties, les dettes d'ores et déjà exigibles lors de la cession demeurent à la charge du cédant : aussi bien, les créanciers ont la possibilité de faire opposition au paiement du prix (art. L. 141-14 C. com.)¹⁸³².

484. En définitive, en règle générale, et en absence d'obligation légale de reprise de certains contrats, la jurisprudence refuse d'inclure dans le fonds de commerce les contrats, conclus par le cédant à l'occasion de l'exploitation, pourtant utiles à celle-ci et qui conditionnent souvent la survie de l'entreprise. Cette solution interdit de soutenir la présence d'une organisation capable de justifier l'existence d'une autonomie patrimoniale, juridiquement reconnue, de l'entreprise, et donc

¹⁸²⁸ Cette mesure ne constitue cependant que le mode ultime de réparation du préjudice que le transfert du fonds est susceptible de causer à l'auteur. Dans cette perspective, parmi les « réparations » autres que la résiliation du contrat d'édition, apparaît la fourniture d'une caution, à laquelle serait condamné le cédant en prévision du dommage effectif que viendrait à éprouver l'auteur du fait de la cession du fonds. S'ils s'abstenaient d'agir immédiatement, les intéressés ne perdraient d'ailleurs pas la faculté d'exercer ultérieurement l'action en résiliation, mais il ne leur suffirait pas de faire état des risques auxquels ils sont exposés comme au moment de la cession du fonds ; ils auraient à démontrer l'actualité d'un préjudice inhérent aux défaillances effectivement commises par le cessionnaire à leur égard. V. H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », op. cit., p. 704, n° 596.

¹⁸²⁹ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », op. cit., p. 705, n° 597.

¹⁸³⁰ E. PIERRAT, « *Le droit de l'auteur et l'édition* », Éditions Du Cercle de la Librairie, 1998, p. 148. – V. également : CA Paris, 28 oct. 1982 : RIDA janvier 1983, p. 142 ; D. 1983, IR. P. 513, obs. C. COLOMBET : selon la Cour d'appel « *le créateur qui ne prouve pas que ses intérêts sont gravement compromis ne peut obtenir la résiliation de son contrat et cela même si l'accord initial précise que les droits étaient cédés à titre exclusif au premier éditeur* ». – Paris, 17 mai 1989 : D. IR. p. 183 ; Cah. Dr. Auteur, février 1990, p. 21.

¹⁸³¹ E. PIERRAT, « *Le droit de l'auteur et l'édition* », Éditions Du Cercle de la Librairie, 1998, p. 148.

¹⁸³² H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », op. cit., p. 705, n° 597.

l'existence d'un passif propre de l'entreprise unipersonnelle. Ainsi, c'est vainement que la doctrine de l'entreprise a tenté de soutenir, en se fondant sur ces différents cas de cession légale de contrat, que l'on assistait à l'émergence d'un passif propre de l'entreprise. Aucun des cas de cession légale de contrat ne permet de faire apparaître un tel passif. La transmission de la situation passive résultant de la cession de certains contrats reste soumise à la logique du droit des obligations et toute interprétation en termes patrimoniaux serait erronée. Le législateur a simplement entendu protéger certains partenaires de l'entreprise ou répondre à des nécessités pratiques. Seules importent les considérations particulières qui ont imposé la cession de ces contrats. Celles-ci évoluent, le principe de l'unicité du patrimoine demeure.

La même conclusion peut être défendue en cas de cession judiciaire de l'entreprise dans le cadre du droit des procédures collective.

B. L'incidence de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté sur l'émergence d'un passif propre de l'entreprise individuelle

485. Les tentatives doctrinales qui ont voulu saisir les termes du droit des procédures collectives pour soutenir l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise ont échoué. L'interprétation la plus logique et la plus raisonnable considère d'une manière aujourd'hui indiscutée qu'il n'existe aucune distinction entre patrimoine personnel et patrimoine de l'entreprise¹⁸³³. Toutefois, la question s'est posée en matière de cession d'entreprise. Selon l'article L. 642-1 du Code de commerce, « *La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* » (article L. 621-83, al. 2, C. com., ancien article 81 de la loi de 1985). Cette définition, qui trouve son origine dans la loi de 1985, a l'avantage de favoriser la pérennité de l'exploitation, contrairement à l'ancienne cession à forfait de la loi du 13 juillet 1967 qui consistait à vendre l'entreprise pour un prix fixe sans réelle détermination de valeur et entraînait la dispersion des actifs ainsi que la disparition de l'entreprise. Actuellement, le plan de cession ne réalise pas une disparition de l'entreprise mais il favorise au contraire sa continuation en d'autres mains lorsque « *le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement* ». L'entreprise ou ses parties saines sont transmises au cessionnaire qui doit payer le prix de cession et c'est pourquoi le plan de cession a été souvent désigné comme opérant une dissociation entre le débiteur et l'entreprise.

La loi de 1985 prévoyait, dans le cadre du redressement judiciaire, soit un plan de continuation soit un plan de cession. Ces deux plans étaient considérés comme des techniques de sauvetage de l'entreprise en difficulté soit par le débiteur soit par

¹⁸³³ B. SOINNE, « "L'entreprise" et les lois de 1984 et de 1985 » : Rév. proc. coll., mars 2002, n° 1, p. 19.

un tiers. Le projet de loi de sauvegarde a voulu rompre avec cette conception et a considéré le plan de cession comme une technique purement liquidative : la vente des actifs moyennant un prix. D'un point de vue formel, les règles concernant la cession ont été transposées dans le régime de liquidation et se trouvent exposées aux articles L. 642-1 à L. 642-18. Cependant, cette vision réductrice de la cession a été critiquée, le plan de cession constituant un moyen utile assurant la pérennité de l'entreprise et le maintien d'emplois. Les statistiques, du reste, ont montré que le redressement des entreprises importantes réussissait plus souvent dans le cadre des plans de cession que dans celui des plans de continuation. Dans ces conditions, le parlement a réintroduit un plan de cession pendant la phase de redressement tout en renvoyant aux dispositions de la cession-liquidation. Par conséquent, après la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises, il faut distinguer entre deux plans de cession selon la période où il est préparé : la cession redressement et la cession liquidation.

Malgré l'existence de certaines différences¹⁸³⁴, la nature de plan de cession demeure unique. La cession de l'entreprise en difficulté porte sur « *un ensemble d'actifs faisant l'objet d'une transmission globale. Effectivement, ce qui caractérise le plan de cession tient à son objet : il porte sur une universalité de fait et entraîne le transfert total ou partiel de cette universalité pour un prix forfaitaire* »¹⁸³⁵. De même, les biens qui ne sont pas affectés à l'activité de l'entreprise ne peuvent être compris dans le plan de cession de celle-ci. Ces biens, conformément à l'article L. 631-22, alinéa 3, à propos de la cession-redressement (ancien art. L. 621-83, al. 3), peuvent par suite être vendus suivant les conditions de la section II du chapitre II du titre IV du livre VI du Code de commerce¹⁸³⁶. « *C'est une disposition importante en ce qu'elle révèle la véritable physionomie du plan de cession pour le débiteur, à savoir une voie d'exécution universelle, le débiteur perd non seulement son entreprise mais aussi tous ses autres biens. Le plan de cession n'est un plan de redressement que pour l'entreprise et son cessionnaire ; pour le*

¹⁸³⁴ Ainsi, les organes chargés de construire et mettre en œuvre la cession sont différents. Dans le redressement c'est, en principe l'administrateur, compétent, et dans la liquidation, le liquidateur. En outre, les créanciers postérieurs bénéficient du classement de l'article L. 622-17 dans le redressement et sont rétrogradés dans la cession liquidation en application de l'article L. 642-13. Le débiteur n'est pas dessaisi au profit du liquidateur dans le redressement : C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *Droit des entreprises en difficulté* », Montchrestien, 6^e éd., 2009, n° 1123, p. 705 et s.

¹⁸³⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *Droit des entreprises en difficulté* », Montchrestien 6^e éd., 2009, n° 1122, p. 704. - F. PÉROCHON, R. BONHOMME, « *Entreprise en difficulté Instrument de crédit et de paiement* », LGDJ., 8^e éd., 2009, n° 440, p. 472 : « *comme le démontre sa place parmi les opérations de réalisation d'actif du débiteur, la cession est une sorte de vente de tout ou partie des actifs en activité, mais une vente particulière parce que le cessionnaire s'engage non seulement à payer le prix - ce n'est même pas en général sa principale obligation - mais aussi et surtout à maintenir l'activité et l'emploi* ».

¹⁸³⁶ V., Cass., com. 3 mars 1992: Rev. proc. coll., 1993, p. 60, n° 3, obs. B. DUREUIL; Rev. proc. coll., 1994, p. 153, n° 11, obs. A. LIÉNARD ; D. 1992, jur., p. 345 ; D. 1992, somm., p. 345 ; Defrénois, janvier 1992, p. 1380, art. 35382, n° 8, obs. J.-P. SÉNÉCHAL ; RJDA 5/1992, p. 409, n° 514 ; JCP G 1992, IV, 1355 ; JCP E 1992, pan., p. 608 ; JCP N 1992, II, p. 405.

débiteur c'est une liquidation ». La cession d'entreprise ne permet donc pas de faire apparaître un passif propre de l'entreprise¹⁸³⁷. Les biens personnels doivent supporter le droit de gage général des créanciers. Au surplus, la non-transmission des dettes est justifiée par la moralité de plan de cession : il serait immoral que le débiteur puisse, sous couvert d'un plan de cession, continuer ses activités en étant débarrassé de ses dettes. Mais cette non-transmission s'inscrit aussi parfaitement dans l'objectif et les finalités de la loi de 1985 qui sont le redressement de l'entreprise. Pour redresser celle-ci, le nouvel exploitant jouit d'un atout considérable : il n'a pas, en principe, à se soucier du passif, dont le débiteur conserve la charge¹⁸³⁸.

486. Certaines situations juridiques ont, certes, permis de poser la question de savoir si la cession de l'entreprise favorise l'émergence d'un passif propre de l'entreprise. Tout d'abord, le cessionnaire d'une entreprise en redressement judiciaire peut prendre l'engagement, par une clause spéciale de l'acte de cession, de payer une dette antérieure du cédant¹⁸³⁹. Ensuite, certains contrats sont transmis avec l'entreprise. Il s'agit d'un ensemble de dispositions, parmi les plus novatrices de la loi de 1985, qui traduisent la transmission d'une « entreprise », ainsi que ses difficultés, faute de personnalité morale. Enfin, l'article L. 642-12, alinéa 4, du Code de commerce (ancien article L. 621-96, alinéa 3, article 93 de la loi de 1985) prévoit la transmission de la charge des sûretés au cessionnaire.

487. Cependant, malgré l'existence de ces situations particulières, la cession de l'entreprise en difficulté n'a pas atteint un degré d'organisation propre à justifier l'existence d'un passif propre de l'entreprise. La doctrine est unanime sur ce point¹⁸⁴⁰ et considère que le cessionnaire n'est pas l'ayant cause universel du cédant. Cette solution est, sous le visa de l'article 62, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 (art. L. 626-10, al. 3, ancien art. L. 621-63, al. 3, C. com) consacrée par la Cour de cassation depuis un arrêt du 30 mars 1993¹⁸⁴¹. Le cessionnaire, ayant acquis une entreprise

¹⁸³⁷ Cass. com. 30 mars 1993 : JCP G 1993, I, 3704, n° 5, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL. – Cass. com., 9 novembre 1993 : JCP G 1994, IV, 79, obs. P. P ; JCP E 1994, Pan., p. 47 – Rev. proc. coll., 1994, p. 236, obs. B. SOINNE.

¹⁸³⁸ F. PÉROCHON, R. BONHOMME, « *Entreprise en difficulté Instrument de crédit et de paiement* », LGDJ., 8^e éd., 2009, n° 439, p. 470.

¹⁸³⁹ De tels engagements sont discutables puisqu'ils avantagent certains créanciers au mépris du principe d'égalité des créanciers : M. CABRILLAC et P. PETEL : JCPE 1999, I, p. 455, n° 4 ; B. SOINNE, chron., Petites affiches 14 mai 1997, p. 13. – Comp. J.-M. CALANDINI : Petites affiches 5 juillet 1995, p. 37, n° 8 et s, qui estimant que l'égalité ne s'impose pas au cessionnaire ; J.-P. REMERY, Rapp. RJ com., 1995. 198 ; P. LE CANNU : D. 1993, 384.

¹⁸⁴⁰ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », tome II, 8^e éd., n° 1284 et s. – F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, « *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises* », Dalloz, 3^e éd., 1991, n° 469 et 460. – Y. CHARTIER, « *Droit des affaires* », tome III, PUF, 1989, n° 254. – Y. CHAPUT, « *Droit du redressement judiciaire* », PUF, 2^e éd. 1990, n° 233.

¹⁸⁴¹ Cass. com. 30 mars 1993 : D. 1993, p. 384, note, P. LE CANNU. (Aff. TITAN VS). En ce sens, Cass. com., 9 novembre 1993 : JCP E 1994, Pan., p. 47 ; Cass. com., 17 mai 1994 : Bull. civ., IV, n° 180 ;

dans le cadre d'un plan de cession, n'est pas tenu des dettes nées de l'exploitation du cédant. S'il accepte, par une clause spéciale de l'acte de cession, de régler une dette antérieure du cédant, « *il contracte, en tant que tiers, une obligation personnelle envers le créancier concerné qui résulte directement du jugement arrêtant le plan de cession, opposable à tous. L'exécution d'un tel engagement n'est pas subordonnée à la déclaration de la créance au passif du cédant* »¹⁸⁴². Ainsi, le créancier concerné tient ses droits contre le cessionnaire, non par l'intermédiaire du patrimoine du cédant, mais en vertu d'une clause spéciale de l'acte de cession à laquelle le jugement donnera une force obligatoire. Il n'y a là aucun effet novatoire car le cédant reste débiteur du créancier qui se trouve avoir désormais deux débiteurs¹⁸⁴³, sauf pour le créancier à décharger le débiteur cédant de sa dette d'origine dans les conditions de l'article 1275 du Code civil¹⁸⁴⁴. La déclaration de la créance ou plutôt son omission n'aura, dans ces conditions, d'effet que sur la dette du débiteur lui-même¹⁸⁴⁵. Autrement dit, si le cessionnaire peut, dans l'acte de cession, créer une situation préférentielle en faveur de certains créanciers antérieurs, le principe demeure que le cessionnaire n'est tenu que de payer le prix de la cession ; il n'est pas tenu des charges autres que celles qu'il a entendu librement assumer dans son offre de cession (art. L. 626-10, al. 3, C. com.). La volonté du cessionnaire s'impose au tribunal qui ne peut pas imposer au cessionnaire des obligations particulières bénéficiant à certains créanciers dès lors qu'il ne les a pas proposées dans son offre de cession. En effet, le cessionnaire peut, dans son offre, proposer de prendre à sa charge une partie du passif, afin d'évincer des offrants en concurrence avec lui, mais il n'y est pas obligé : la cession de la loi de 1985 est une cession d'universalité de fait, si l'on accepte cette notion plus descriptive qu'explicative. Les limites de cette universalité sont fixées par l'offre et prennent effet lors du choix opéré par le tribunal.

488. Le plan de cession entraîne cession des contrats nécessaires au maintien de l'activité (art. L. 642-7 C. com., ancien art. L. 621-88). Ce transfert a lieu par l'effet

Cass. com., 3 janvier 1995 : Petites affiches 5 juillet 1995, n° 80, p. 37, note J.-M. CALENDINI ; JCP E 1995, Pan. 227.

¹⁸⁴² Cette solution est critiquée par certains auteurs, car elle conduit à réduire corrélativement le montant du prix de cession, ce qui porte atteinte à la loi d'égalité au profit du créancier bénéficiaire de la reprise. Pourtant, on admet volontiers l'intérêt pratique de la solution, qui peut être justifiée par la protection de certains créanciers antérieurs lorsque leurs intérêts paraissent dignes de protection (par exemple, l'obligation de garantie à l'égard de la clientèle ou la sauvegarde de certains intérêts particuliers, tel ceux des déposants) : J.-M. CALENDINI, « *Nature et portée de l'engagement du cessionnaire de payer une créance non déclarée dans le redressement judiciaire du débiteur-cédant* », à propos de Cass. com. 3 janvier 1995 : Petites affiches 5 juillet 1995, n° 80, p. 37. – Rapport de J.-P. RÉMERY : RJ com. p. 198.

¹⁸⁴³ Rapport de J.-P. RÉMERY : RJ com., p. 198.

¹⁸⁴⁴ J.-M. CALENDINI, « *Nature et portée de l'engagement du cessionnaire de payer une créance non déclarée dans le redressement judiciaire du débiteur-cédant* », à propos de Cass. com. 3 janvier 1995 : Petites affiches, 5 juillet 1995, n° 80, p. 37.

¹⁸⁴⁵ Rapport de J.-P. RÉMERY : RJ com., p. 198.

de la loi et d'une décision de justice. Ces cessions de contrats appellent deux observations. D'une part, les contrats ne suivent pas nécessairement l'entreprise. La cession d'une simple entité n'a pas atteint le degré d'une organisation suffisante à entraîner l'existence d'une autonomie patrimoniale. D'autre part, les effets de la cession judiciaire de contrat peuvent parfaitement être rapprochés des effets produits par les cessions légales des contrats¹⁸⁴⁶. C'est-à-dire que la cession judiciaire du contrat porte sur le contrat comme source de l'obligation. Cette solution réaliste est affirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1998 : « *Si le jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise emporte cession des contrats que le tribunal détermine, le transfert des droits et obligations résultant de ceux-ci ne prend effet qu'à la date de conclusion des actes de cession ou de la prise de possession par le cessionnaire en vertu des dispositions du jugement ou de l'autorisation de l'administrateur lorsqu'elle intervient antérieurement à ses actes ; en cas de cession de contrat à exécution successive, le cessionnaire est tenu des créances correspondant à la période de jouissance postérieure à la date ainsi fixée, peu important ainsi l'exigibilité de ces créances, antérieure à cette date* »¹⁸⁴⁷. Ainsi, pour toute la période antérieure à cette date, le cédant demeure tenu, et avec lui évidemment son éventuelle caution¹⁸⁴⁸. Le cessionnaire ne serait tenu que des obligations postérieures à la prise de possession de l'entreprise¹⁸⁴⁹. C'est à ce moment que le cessionnaire bénéficie de l'entreprise et en supporte les risques¹⁸⁵⁰. Pour les obligations postérieures à cette date, elles naissent au chef du cessionnaire et ne résultent pas d'une transmission. En définitive, la cession du contrat n'a pas d'effet novatoire. Ainsi, si l'article L. 642-7 du Code de commerce est édicté dans l'objectif de sauvegarde de l'entreprise, cette notion ne coïncide pas avec l'autonomie patrimoniale de celle-ci, elle s'oppose même à cette autonomie.

¹⁸⁴⁶ Y. GUYON, « *Droit des affaires* », tome 2, Economica, 8^e éd., 2001, n° 1291, p. 326 : le contrat de travail, est organisé en faveur des salariés et non en faveur de l'entreprise. – De même, en application de l'article L. 1224-2 du Code du travail, et sauf disposition contraire du plan de cession, le cessionnaire n'est pas tenu envers les salariés repris des dettes antérieures du cédant, pour les paiements desquelles les salariés doivent poursuivre leur ancien employeur, solution justifiée pour ne pas décourager le repreneur en leur imposant de prendre en charge un passif social antérieur au transfert : F. PÉROCHON, R. BONHOMME, « *Entreprise en difficulté Instrument de crédit et de paiement* », LGDJ., 8^e éd., 2009, n° 463, p. 496.

¹⁸⁴⁷ Cass. com. 6 janvier 1998 : Quot. jur. 17 février 1998, note P. M ; D. affaires 1998, p. 254, obs. A. L ; JCPE 1998, p. 654, obs. M. CABRILLAC ; Dr. et patrimoine, mai 1998, p. 114, obs. M.-H. MONSÈRIÉ ; RTD civ., 1998, 369, obs. J. MESTRE. – Comp. Cass. com., 11 mars 1997 : Petites affiches, 6 mars 1998, note F. DERRIDA.

¹⁸⁴⁸ RTD civ., 1998, p. 369, obs. J. MESTRE.

¹⁸⁴⁹ Pour le crédit-bail, la loi du 10 juin 1994 a introduit une solution favorable au crédit-bailleur (article L. 642-7, al. 4). En application de cet article, le nouveau crédit-preneur doit acquitter, outre le prix convenu et les loyers exigibles depuis la cession, les sommes laissées impayées par le débiteur avant le jugement arrêtant la cession. Toutefois, cette obligation est plafonnée : le cessionnaire du contrat ne doit payer les sommes restant dues par le débiteur que dans les limites de la valeur du bien fixé d'un commun accord entre les parties, ou à défaut par le tribunal, au jour de sa cession. En outre, le cessionnaire n'est pas obligé de lever l'option.

¹⁸⁵⁰ Cass. Com. 26 mai 1999 : Rév. proc. coll., juin 2001, p. 93, n° 47.

489. En outre, il est acquis que le contrat de prêt ne peut être qualifié de contrat en cours : la nature réelle du contrat suppose que les fonds ont été remis à l'emprunteur avant l'ouverture de son redressement judiciaire¹⁸⁵¹. Le mécanisme s'apparente à une cession de dette déjà née¹⁸⁵² puisqu'il s'agit d'un contrat unilatéral qui ne laisse subsister qu'une obligation de remboursement à la charge du débiteur¹⁸⁵³. Pourtant, l'article L. 642-12, alinéa 4, peut susciter un doute dans la mesure où il prévoit la transmission de la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales (privilèges spéciaux, gages, nantissement et hypothèques) grevant un bien inclus dans la cession et garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent les sûretés.

Le cessionnaire doit payer, en sus du prix de cession¹⁸⁵⁴, le montant des échéances futures de remboursement du crédit consenti au débiteur¹⁸⁵⁵. Cet article, édicté dans l'intérêt de certains créanciers, doit être interprété de manière restrictive¹⁸⁵⁶. Il a uniquement pour objectif d'attribuer, sans préjudice de leurs droits dans la répartition du prix de cession, un avantage supplémentaire¹⁸⁵⁷ aux créanciers qui ont octroyé un crédit à l'entreprise pour favoriser le redressement. Aussi, le

¹⁸⁵¹ Cass. com., 2 mars 1993 : D. 1993, jur., p. 572, note DEVÉSA ; Rev. huissier 1993. 1434, note, D. VIDAL. – 3 mars 1992, D. 1992. somm., p. 260, obs. F. DERIDDA ; Defrénois 1992, 1371, obs. P. LE CANNU ; JCP E 1992, I, n° 2, p. 192, obs. P. PÉTEL. – Cass. com. 14 décembre 1993 : Bull. civ., IV, n° 477.

¹⁸⁵² V. Cass. com., 20 juin 1995 : JCP G 1995, IV, n° 2031 ; JCP G 1996, I, 3896, p. 15, n° 6, obs. P. PÉTEL ; Dr. sociétés 1995, n° 163, p. 10, note Y. CHAPUT ; RTD com., 1996, p. 339, obs. A. MARTIN-SERF, solution déjà consacré à propos des cotisations de sécurité sociale : Cass. com. 8 novembre 1988 : RTD. com., 1989, p. 137, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸⁵³ F. DERRIDA, « La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire », RJDA 1993, n° 6, p. 399. – C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, 4^e éd., 2001, p. 637, n° 969. – C. SAINT-ALARY-HOUIN : Petites affiches 2000, p. 40, rapport de synthèse. – L. HENRY et D. FABIANI, « L'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 » : Petites affiches 2000, p. 22.

¹⁸⁵⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le transfert de la charge du nantissement », RJ com., 1992, p. 152. – M. CABRILLAC : JCP E 1994, I, 375, n° 3 : Économiquement, le montant des créances à venir fait partie du prix de reprise, alors que juridiquement le montant des créances à venir reste en dehors du prix de cession, – J.P. SÉNÉCHAL, « L'inclusion d'un matériel dans un plan de cession de la loi du 25 janvier », Études offertes à J. DERRUPPÉ, p. 367 : cet auteur considère que le transfert des sûretés est une charge augmentative du prix qui est donc incluse dans l'évaluation du prix de cession. Le droit fiscal prend pour le calcul des droits de mutation la vision économique – Cass. com., 23 novembre 1993 : Bull. civ., IV, n° 420 ; JCP G 1994, I, n° 3765, p. 258, n° 21, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; JCP E 1994, I, n° 3759, p. 204, obs. M. CABRILLAC ; RTD civ., 1994, p. 910, obs. M. BANDRAC ; B. SOINNE, « La transmission du gage sur matériel d'équipement dans le cadre d'un plan de cession », Petites affiches, 26 janv. 1994, n° 11, p. 13. – S. VIGREAX, « Les difficultés d'application de l'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 » : Rev. proc. coll., 1999, p. 141.

¹⁸⁵⁵ S. VIGREAX, « Les difficultés d'application de l'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 », Rev. proc. coll. 1999, p. 141

¹⁸⁵⁶ Cass. com., 9 novembre 1993 : JCP G 1994, I, n° 3759, p. 204, n° 4.

¹⁸⁵⁷ M. CABRILLAC et P. PÉTEL, « Le printemps des sûretés réelles » : Petites affiches 14 septembre 1994, n° 110.

transfert de cette charge, qui aboutit à une sorte de reprise de prêt, est d'origine légale puisque le tribunal, ne disposant d'aucun pouvoir d'appréciation sur le transfert, doit simplement constater le transfert.

Ce texte n'est guère favorable à l'émergence d'un passif propre de l'entreprise. En premier lieu, l'application de cette cession légale de dette n'a pas pour effet d'exclure la sauvegarde indispensable des règles protectrices du consentement. Il est impossible d'imposer au repreneur une charge non comprise dans son offre initiale¹⁸⁵⁸. Le cessionnaire peut, afin de contourner les dispositions de l'article L. 642-12 alinéa 4, soit exclure le bien du périmètre de la reprise, soit se prévaloir de la déchéance du terme¹⁸⁵⁹. Mais, si le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité (comme en présence d'un nantissement sur le fonds de commerce), on sera en présence de deux situations : ou bien le coût d'acquisition du bien est de nature à décourager les repreneurs et la liquidation ne pourra être évitée ; ou bien le repreneur éventuel inclut le bien dans son offre initiale et il est dans ce cas censé accepter implicitement de payer les échéances à échoir. Ce cas de cession peut être analysé comme un consentement implicite lors de la conclusion du contrat judiciaire de cession de l'entreprise. Il peut être rapproché de la cession conventionnelle de contrat ou de dette qui n'est pourtant pas translatrice.

En second lieu, l'article L. 642-12, alinéa 4, ne déclare pas libéré le cédant, et éventuellement sa caution, puisque la reprise n'entraîne pas novation. Par un arrêt du 13 avril 1999, la Cour de cassation, qui procède par une solide analyse civiliste¹⁸⁶⁰, avait décidé que « *la caution solidaire des engagements de l'emprunteur demeure tenue, dans les mêmes conditions que celui-ci, de rembourser sous déduction des sommes versées par le cessionnaire, l'intégralité de l'emprunt dont les échéances constituent des créances nées avant l'ouverture de la procédure collective* »¹⁸⁶¹.

¹⁸⁵⁸ B. SOINNE, « *La transmission du gage sur matériel d'équipement dans le cadre d'un plan de cession* », Petites affiches, 26 janvier 1994, n° 11, p. 13. – B. SOINNE, « *Le bateau ivre (1^{er} partie) (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collective)* » : Petites affiches 14 mai 1997, n° 58, p. 12 : l'offre présentée et la décision de la juridiction qui l'arrête constituent les deux éléments d'un même contrat judiciaire. Il ne peut y avoir de contrat que s'il y rencontre de volonté portant sur la chose et sur le prix. L'article L. 93 alinéa 2 ancien et alinéa 3 nouveau, est fondé sur l'adage nul n'est censé ignorer la loi ce qui ne satisfait ni l'équité ni à la volonté des parties – J.M. LE CORRE, « *Les créanciers gagistes face au redressement judiciaire et à la règle du concours* », Rev. proc. coll., 1991, p. 21 ; « *La transmission de la charge de la sûreté en plan de cession* », Petites affiches, 1994, n° 120, p. 4.

¹⁸⁵⁹ J.L. COUDERT, « *Le transfert des crédits en vertu de l'article 93, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985* » : Petites affiches 1999, n° 2, p. 5 : la déchéance du terme est une faculté pour le créancier, qu'il pourrait ne pas invoquer. La transmission de la charge des sûretés se fait donc avec reprise des prêts initialement consentis.

¹⁸⁶⁰ A. L., « *Maintien de la caution de l'emprunteur en cas de transfert au repreneur de la charge des sûretés* » : D. Affaires 1999, n° 161, p. 801.

¹⁸⁶¹ A. L., « *Maintien de la caution de l'emprunteur en cas de transfert au repreneur de la charge des sûretés* » : D. Affaires 1999, n° 161, p. 801; P. LIPINSKI, « *Cautionnement et procédures collectives : précisions sur la portée de l'engagement de la caution* » : D. 2000, 257 ; JCP E 2000, n° 1-2, p. 22, note, A. BAC.

490. Conclusion de la section 2. On a pu soutenir l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise à travers une conception objective de la cession conventionnelle des contrats nécessaires à l'exploitation d'une entreprise. Toutefois, c'est une conception plus subjective qui est consacrée en droit positif. Celle-ci interdit notamment la transmissibilité des dettes sans le consentement du créancier cédé. La personne du contractant n'est pas indifférente lors de l'exécution du contrat, que celui-ci soit ou non conclu *intuitu personae*¹⁸⁶². C'est la même conséquence qui s'en dégage si l'on envisage la cession légale ou judiciaire de certains contrats nécessaires à l'exploitation. D'une part, la cession légale de contrat ne porte que sur le contrat en tant que source d'obligation, et n'a pas un effet translatif. En effet, du point de vue du cédant, si les dettes sont nées antérieurement à la cession, il demeure tenu envers le cédé puisque le principe de l'incessibilité des dettes ne lui permet pas de libérer sans le consentement de son créancier. Inversement, si les obligations sont nées postérieurement à la cession, le cédant est libéré pour l'avenir, sans que cette libération heurte le principe de l'incessibilité des dettes. En effet, les obligations postérieures à la cession ne résultent pas d'une transmission ; elles naissent au seul chef du cessionnaire qui a recueilli le contrat dans son patrimoine¹⁸⁶³. D'autre part, malgré l'existence de certaines situations particulières¹⁸⁶⁴, la cession de l'entreprise en difficulté n'a pas atteint un degré d'organisation propre à justifier l'existence d'un passif propre de l'entreprise. La doctrine est unanime pour considérer que le cessionnaire n'est pas l'ayant cause universel du cédant. La cession de l'entreprise en difficulté porte sur un ensemble d'actifs faisant l'objet d'une transmission globale. Plus précisément, le plan de cession n'est un plan de redressement que pour l'entreprise et son cessionnaire ; pour le débiteur c'est une liquidation. Cette solution se justifie pour deux raisons : d'une part, il serait immoral que le débiteur puisse, sous couvert d'un plan de cession, continuer ses activités en étant débarrassé de ses dettes. D'autre part, pour redresser l'entreprise, le nouvel exploitant jouit d'un atout considérable : il n'a pas, en principe, à se soucier du passif, dont le débiteur conserve la charge. Ainsi, la sauvegarde l'entreprise, objectif premier du droit des procédures collectives, est contraire à l'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle¹⁸⁶⁵.

491. Conclusion du chapitre II. L'entreprise n'est pas un patrimoine d'affectation autonome, solution qui trouve son fondement dans la conception subjective de l'obligation. De même, la cession de l'entreprise est réduite à une cession de fonds de commerce et la cession de ce dernier est réduite à une cession de clientèle. La cession de l'entreprise correspond donc à une cession de simples

¹⁸⁶² *Supra* n° 473.

¹⁸⁶³ *Supra* n° 477 et n° 484.

¹⁸⁶⁴ *Supra* n° 486 et s.

¹⁸⁶⁵ *Supra* n° 485, V. également *Supra* n° 448.

éléments d'actif sans passif corrélatif. Il en résulte que la cession de l'entreprise, *in bonis* ou en difficulté, ne permet pas de transmettre celle-ci en tant qu'entité patrimoniale autonome. Précisément, c'est le caractère subjectif ou personnel de l'obligation qui interdit surtout l'émergence d'un passif propre de l'entreprise.

492. Conclusion du titre I. L'autonomie patrimoniale de l'entreprise est ou n'est pas, il n'est pas juridiquement possible d'affirmer son existence partielle. Ce que peut soutenir la doctrine de l'entreprise est une certaine émergence. Pourtant, même en s'inscrivant dans cette prospective, on peut soutenir le contraire au vu de l'évolution du droit positif. Toutes les solutions qui avaient permis une telle émergence ont été remises en cause et la théorie de l'unicité du patrimoine est sans cesse affirmée avec plus de rigueur¹⁸⁶⁶. La doctrine de l'entreprise avait cru déceler l'émergence qu'elle recherchait dans certaines solutions éparses au sein des différentes branches du droit. Pourtant, ces tentatives sont restées vaines. Et si les considérations particulières des différentes branches du droit évoluent, le principe de l'unicité du patrimoine demeure¹⁸⁶⁷. Le destinataire des droits et obligations est toujours la personne juridique, physique ou morale¹⁸⁶⁸. Il ne paraît pas possible de soutenir l'existence d'une autonomie patrimoniale sans que le droit intervienne pour créer les normes correspondantes. Il faut également que ces normes puissent s'insérer dans une structure juridique techniquement efficace et pratiquement réaliste ou réalisable.

La société unipersonnelle constitue sans doute une technique de réalisation de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle mais souvent dénoncée tant d'un point de vue technique que pratique. Il convient alors d'étudier la remise en cause de la structure patrimoniale de la société unipersonnelle.

¹⁸⁶⁶ *Supra* n° 449 et n° 469 et s.

¹⁸⁶⁷ *Supra* n° 449 et n° 484.

¹⁸⁶⁸ V. S. GUINCHARD, « *L'affectation des biens en droit privé français* », Paris, LGDJ., 1976, Préface R. NERSON, l'auteur conclut que le droit est fait pour les personnes et non pour les biens.

TITRE II. LA REMISE EN CAUSE DE LA STRUCTURE PATRIMONIALE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE

493. En introduisant la société unipersonnelle en 1985, le législateur avait écarté, par cela même, la solution du patrimoine d'affectation. Le législateur, dans la recherche d'une technique de réalisation de ses vœux, avait donc opté pour la technique sociétaire et non pour celle du patrimoine d'affectation, quitte à améliorer l'organisation pour l'adapter à l'unicité de la personne. Cependant, si la société unipersonnelle n'est qu'un artifice juridique, elle a essentiellement pour objectif d'offrir la faveur d'une protection d'une partie du patrimoine personnel de l'entrepreneur solitaire¹⁸⁶⁹. Par suite, comme tout artifice juridique et plus clairement toute transposition technique, elle ne soulève pas seulement une question de qualification mais engendre aussi des problèmes d'efficacité et de légitimité.

494. Concernant la question de l'efficacité technique, la société unipersonnelle doit essentiellement disposer d'une organisation efficace protégeant l'autonomie patrimoniale dans l'intérêt des créanciers. La consécration d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle à travers la technique sociétaire (ou même via le statut de l'EURL) n'a rien d'illégitime. Cette autonomie patrimoniale permet d'obtenir certains avantages en termes de gestion rationnelle de l'entreprise et, d'ailleurs, différentes branches de droit, tels le droit comptable, le droit fiscal ou le droit des procédures collectives envisagent, à certains égards, l'entreprise individuelle comme une entité patrimonielement autonome. Mais la société unipersonnelle offre également la faveur d'une responsabilité limitée à son membre unique et c'est pourquoi elle pose une question légitimité.

495. La question de légitimité, quant à elle, peut être longuement débattue, et cela d'autant plus que le législateur a récemment reconnu, par la loi du 15 juin 2010, le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Cette responsabilité limitée dépend, il est vrai, très étroitement de l'existence d'une organisation patrimoniale efficace, dans la mesure où la faveur de la responsabilité limitée est exactement la contrepartie du respect de l'autonomie patrimoniale de la société unipersonnelle. Toutefois, il convient de préciser que cette faveur ne dépend pas uniquement de la rigueur à laquelle doit se conformer l'associé unique pour rendre

¹⁸⁶⁹ J.-D. BREDIN, « Au-delà de l'EURL ? » in *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires...à propos des structures juridiques de l'entreprise*, CREDA 1968-1988 : Cah. dr. entr. 8 février 1990, n° 1, p. 24 : « n'est-il pas étonnant que le droit commercial n'arrive pas, par exemple, à consacrer pleinement le patrimoine professionnel et le patrimoine de l'entreprise ? Ce patrimoine professionnel est-il condamné à vivre dans le mythe, l'apparence de l'être social qui lui donne sa justification, qui le sauve du péché, le péché consistant dans la dualité des patrimoines, l'être social venant faire semblant – mais le droit français est rempli de semblants qui donnent bonne conscience aux juristes, et aussi aux praticiens – de respecter la norme ? ».

effective la séparation des patrimoines, mais aussi des fondements de la responsabilité limitée et des réalités économiques y afférentes.

496. Dans cet ordre d'idée, il apparaît d'abord que, d'un point de vue technique, le législateur ne tire pas toutes les conséquences résultant de l'unicité d'associé et de son incidence sur l'effectivité de la séparation des patrimoines. Plus clairement, l'unicité de la personne de l'associé constitue, en réalité, un instrument de fragilisation de la séparation des patrimoines, ce qui contribue à sa remise en cause. Ensuite, d'un point de vue pratique, la limitation de responsabilité des membres du groupement n'est qu'une conséquence du choix d'une forme d'organisation. La limitation de responsabilité a ses propres fondements et suppose notamment la protection des droits des créanciers sur le patrimoine social ainsi que la possibilité d'offrir des garanties suffisantes. Sur ce terrain, la société unipersonnelle comme technique de limitation de responsabilité et des risques fait l'objet de critiques répétitives.

Dans ce cadre, nous envisagerons, dans un premier temps, une remise en cause technique de la société unipersonnelle comme instrument de séparation des patrimoines avant de présenter, dans un second temps, une remise en cause pratique de la limitation de la responsabilité limitée dans la société unipersonnelle.

Chapitre I : Une remise en cause la société unipersonnelle comme technique effective de séparation des patrimoines

Chapitre II : Une remise en cause de la société unipersonnelle comme technique de limitation de responsabilité

CHAPITRE I. UNE REMISE EN CAUSE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE COMME TECHNIQUE EFFECTIVE DE SÉPARATION DES PATRIMOINES

497. Selon J. PAILLUSSEAU, « *Quelle que soient la force du désir de limiter la responsabilité de l'entrepreneur ou la volonté de simplifier ou de limiter ses obligations, une loi ne peut en aucun cas, favoriser l'organisation de son insolvabilité et spolier ses créanciers. De telles mesures, choquantes dans leur principe, ne pourraient que se retourner contre l'entrepreneur car aucun créancier raisonnable n'accepterait de financer une entreprise dans une telles conditions* »¹⁸⁷⁰. Il est donc impératif que l'entrepreneur respecte un certain nombre d'obligations dont les finalités sont la protection du « patrimoine de l'entreprise », aussi bien pour ce qui concerne sa consistance que la valeur de ses éléments et la protection de l'entreprise elle-même pour ce qui concerne son fonctionnement et ses résultats¹⁸⁷¹. L'entrepreneur doit aussi respecter certaines obligations en matière d'information financière permettant aux créanciers et aux tiers d'apprécier sa situation et de calculer leur risque en conséquence¹⁸⁷². La protection des créanciers et des tiers est à ce prix. Le droit des sociétés a le mérite d'organiser cette protection des créanciers et des tiers, il est le fait d'une longue expérience¹⁸⁷³. « *Si les créanciers ne peuvent poursuivre que les biens qui sont affectés à l'entreprise, il faut éviter que par un moyen ou par un autre, l'entrepreneur ne les dissipe ; que ce soit en les soustrayant du « patrimoine de l'entreprise », que ce soit en les utilisant abusivement pour*

¹⁸⁷⁰ J. PAILLUSSEAU, « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP G 1986, I, 3242.

¹⁸⁷¹ J. PAILLUSSEAU, « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP G 1986, I, 3242.

¹⁸⁷² J. PAILLUSSEAU, « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP G 1986, I, 3242 : « *si ces obligations limitent incontestablement la liberté de l'entrepreneur, elles présentent en contrepartie des aspects positifs qui la favorisent indirectement. La séparation patrimoniale marque très bien les limites de l'entreprise. La procédure de l'apport solennise en quelque sorte l'affectation patrimoniale et fixe les actifs dans l'affaire. Les créanciers ont une vue plus claire de l'entreprise, de son patrimoine, de ses opérations et de ses résultats. Certains banquiers, bien qu'ils s'en défendent officiellement, n'acceptent d'accorder leurs concours qu'à des sociétés, tant à cause de cette clarté, qu'en raison de la réduction du risque de l'organisation de son insolvabilité par l'entrepreneur. A fortiori, la présence d'un commissaire aux comptes, qui engage sa responsabilité en certifiant les comptes rassurent les créanciers et les tiers L'entrepreneur bénéficie incontestablement de cette situation* ». De même, « *l'entreprise est mieux protégée contre l'entrepreneur qui aurait tendance à puiser trop largement dans la caisse de l'entreprise ou à confondre son patrimoine et celui de l'entreprise. C'est préférable pour la viabilité de l'entreprise et de son expansion. C'est donc préférable pour l'entrepreneur qui est ainsi contraint de limiter les risques de difficulté de son entreprise et qui peut, au contraire, en favoriser l'expansion. S'il préfère confondre son patrimoine et celui de l'entreprise, aucune limitation de responsabilité n'est alors possible il faut choisir* ».

¹⁸⁷³ J. PAILLUSSEAU, « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP G 1986, I, 3242 : « *L'institution d'un patrimoine d'affectation aurait exigé l'organisation d'un système dont on voit mal comment il aurait pu être très différent de celui de l'EURL ; il aurait paru pour le moins curieux que l'entrepreneur de l'EPRL ; puisse échapper aux dispositions des articles 180 et 182 de la loi du 25 janvier 1985. Il faut choisir : ou bien profiter de la limitation de la responsabilité et d'accepter certaines obligations en contrepartie, ou bien refuser ces obligations mais accepter alors d'être responsable* ».

son usage personnel, que ce soit par le moyen de conventions lésionnaires pour l'entreprise, etc... la protection des créanciers l'exige »¹⁸⁷⁴.

498. Techniquement, il suffit de transposer, aménager et améliorer la technique sociale d'affectation patrimoniale et de l'adapter à l'unipersonnalité en tenant compte de la nécessité d'éliminer les dispositions relatives à la pluralité. Toutefois, la technique sociale d'affectation patrimoniale est fondée et élaborée toute entière à partir de la pluralité de personnes¹⁸⁷⁵. Force est de constater alors que la technique ainsi transposée va se trouver vidée de sa substance et que les mérites tant de la théorie institutionnelle que de la personnalité morale se verront déplacés. La différence de l'organisation n'est plus de degré mais de nature, tant il est vrai que la transposition doit ignorer la substance même de l'organisation¹⁸⁷⁶.

Selon D. RANDOUX, « A la vérité deux logiques peuvent être suivies : mettant l'accent sur le risque de fraude que présente l'entreprise unipersonnelle, prenant conscience de la force toute particulière que revêt la protection des tiers, le législateur pouvait renforcer les contraintes. A l'inverse, privilégiant l'idée selon laquelle la nouvelle structure est destinée avant tout aux petites et moyennes entreprises, il pouvait avoir le souci de diminuer, le plus possible le formalisme. Pour l'essentiel, cette seconde voie fut suivie ; pour autant les dangers de la nouvelle structure ne furent pas totalement ignorés conduisant le législateur à interdire dans certaines hypothèses le recours à la société unipersonnelle »¹⁸⁷⁷.

La doctrine favorable à la société unipersonnelle repose sur l'ignorance de l'incidence de l'unicité de la volonté sur la réalisation effective d'une autonomie patrimoniale. Il convient dès lors d'étudier l'incidence de cette unicité sur la création (section 1), puis sur le fonctionnement (section 2) de la société unipersonnelle.

¹⁸⁷⁴ J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle » : JCP G 1986, I, 3242.

¹⁸⁷⁵ M.-Th. CALAIS-AULOY, « Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL » : D. chronique, 1986, p. 249 : « on enseignait classiquement que l'entreprise individuelle se confondait avec la personne de l'entrepreneur. On ne pouvait guère se faire une idée de l'entreprise fonctionnant de façon autonome que lorsqu'elle était constituée sous forme de société car alors ses intérêts apparaissaient nettement distincts de ceux des associés. Après avoir longuement réfléchi, plusieurs études ayant fait le jour, le législateur a brusquement franchi le pas. Il a choisi à la fois la plus simple et la plus radicale ».

¹⁸⁷⁶ D. RANDOUX, « Une société très spécifique : l'EURL » : JCP N 1985, I, p. 355 : « conférer à l'entreprise individuelle un statut d'emprunt au droit des sociétés ne pouvait se concevoir qu'au prix d'adaptation importante des règles existantes. Pourtant à s'en tenir à la loi du 11 juillet 1985, force est de constater qu'elles sont quantitativement et qualitativement limitées. Seuls six articles de la loi du 24 juillet 1966 sont modifiés, trois dispositions nouvelles ont été introduites. A priori ces changements apparaissent bien faibles. Pour le reste il convient donc d'appliquer le droit commun des sociétés. Or, en raison de décalage qu'existe entre le groupement classiques et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, la conciliation s'avère difficile ; elle est pourtant indispensable »

¹⁸⁷⁷ D. RANDOUX, « Une société très spécifique : l'EURL » : JCP N 1985, I, p. 355.

Section 1. L'incidence de l'unicité sur la création d'un patrimoine d'affectation à travers la société unipersonnelle

499. L'unicité du fondateur a nécessairement une incidence sur les processus de constitution¹⁸⁷⁸. Pour démontrer cette incidence, la comparaison avec le droit commun, c'est-à-dire avec le régime de la société pluripersonnelle, est inévitable. Construit pour protéger les intérêts légitimes de chacun des associés réunis pour une cause commune, le régime juridique de la mise en commun des apports permet d'élaborer une technique d'affectation patrimoniale et de garantir la réalité de cette affectation. Les organisations institutionnelles ne sont destinées qu'à donner plus de force à la réalité de cette affectation. La transposition de ces organisations impose leur adaptation à l'unicité de la personne du fondateur afin d'élaborer le régime juridique des processus de constitution d'une société unipersonnelle.

Il est vrai que, dans bien des cas, une certaine convergence existe entre les procédures d'affectation en matière de société unipersonnelle et celles prévues pour la société de droit commun. Mais la physionomie de la technique est élaborée sur un fondement tout différent : ce n'est plus la mise en commun des apports qui commande l'élaboration du système ; c'est la protection des droits des tiers qui commande un régime juridique spécifique. Selon D. GIBIRILA, « *L'approche institutionnelle présente un caractère inachevé en ce qu'elle n'apporte pas de solution à toutes les difficultés soulevées par la constitution et le fonctionnement des sociétés. Faute d'intérêt collectif, le concept institutionnel est inadapté à l'EURL, bien que la loi dispose que la société peut dans certain cas être instituée par la volonté d'une seule personne* »¹⁸⁷⁹.

500. Les observations des auteurs se limitent souvent à insister sur la nécessité pour l'associé unique de respecter les formalités exigées par la forme sociale choisie de façon à éviter que, par la suite, la société unipersonnelle ne soit considérée comme fictive¹⁸⁸⁰. Ainsi, parce qu'il est essentiel que le patrimoine de l'associé unique ne soit pas atteint par les engagements sociaux, l'associé unique fondateur devra toujours, lorsqu'il sera conduit à traiter avec un tiers pendant la période de formation, indiquer à son cocontractant qu'il agit pour le compte de la société unipersonnelle en formation¹⁸⁸¹. Cette exigence est d'autant plus importante que l'associé unique n'est

¹⁸⁷⁸ D. RANDOUX, « Une société très spécifique : l'EURL » : JCP N 1985, I, p. 355.

¹⁸⁷⁹ D. GIBIRILA, J.-Cl. Société, Ed. 2000, voir « Dispositions générales. Constitution de la société : contrat de société », Fasc. 10, n° 4.

¹⁸⁸⁰ P. SERLOOTEN, « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) », Rép. Sociétés, Dalloz 2001, n° 73.

¹⁸⁸¹ P. SERLOOTEN, « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) », Rép. Sociétés, Dalloz. 2001. n° 54.

pas naturellement porté à faire, avant même la constitution de la société, la distinction entre lui-même et la société unipersonnelle qu'il constitue¹⁸⁸².

501. Pourtant, la seule règle prévue pour l'EURL au stade de la constitution est relative à la désignation d'un commissaire aux apports chargé d'évaluer les apports en nature. En effet, en droit commun des sociétés pluripersonnelles à responsabilité limitée, le législateur a imposé un régime institutionnel garantissant la réalité de l'affectation patrimoniale¹⁸⁸³. D'une part, il a imposé la présence d'un commissaire aux apports aussi bien lorsque l'apport dépasse un certain seuil, qui est actuellement de 30 000 euro¹⁸⁸⁴, que lorsque l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports excède la moitié du capital (art. L. 223-9 al. 2). D'autre part, la loi impose l'unanimité des associés si la valeur retenue est différente de celle retenue par le commissaire aux apports ou si les associés décident de ne pas recourir à un commissaire aux apports dans les limites de l'article L. 223-3, alinéa 2. On comprend aisément que le législateur prive les associés de la limitation de responsabilité si la valeur attribuée aux apports en nature est différente de celle retenue par le commissaire aux apports. Selon l'article L. 223-9, al. 4 « *Lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société* ». Dans ce cadre, la présence d'une réalité collective de même que les procédures institutionnelles qui s'y attachent renforcent le contrôle de l'évaluation des apports en nature puisque tout associé en sa qualité d'associé a un intérêt sérieux à ce que les apports en nature soient évalués le plus exactement possible. Ces procédures institutionnelles protègent aussi bien les tiers que la société elle-même en assurant la réalité de l'affectation patrimoniale, ce qui consacre, par voie de conséquence, la protection de l'intérêt collectif de la personne morale¹⁸⁸⁵.

502. En revanche, une fois transposé à la société unipersonnelle, le régime institutionnel d'évaluation des apports en nature est déplacé et vidé de son sens. En effet, en l'absence d'un contre-pouvoir, l'associé unique sera seul juge de cette évaluation. Selon l'article L. 223-9, alinéa 3, du Code de commerce, « *lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique* ». C'est une simple transposition de la règle de l'unanimité adaptée à l'unicité de l'associé. Cet alinéa précise également que le recours à un commissaire aux

¹⁸⁸² P. SERLOOTEN, « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* », Rép. Sociétés, Dalloz. 2001. n° 54.

¹⁸⁸³ *Supra* n° 171 et s.

¹⁸⁸⁴ Pour la SARL, article Art. D. 223-6 du Code de commerce ; pour l'EARL, l'Article D. 324-4 du Code rural et de la pêche ; Dans une SA comme dans la SAS, un commissaire aux apports est obligatoire et devra intervenir dès le premier euro d'apport en nature (articles L. 225-8 et L. 227-1 du Code de commerce).

¹⁸⁸⁵ *Supra* n° 341 et note n° 1282; V. aussi, *Supra* n° 223 et s.

apports n'est pas obligatoire si la valeur d'aucun apport n'excède 30 000 € et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumises à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital. C'est la raison pour laquelle on peut souhaiter une présence obligatoire du commissaire aux apports lors de la constitution d'une société unipersonnelle pour compenser la solitude de l'associé unique¹⁸⁸⁶. Pourtant, cette exigence demeure difficilement concevable en pratique. Elle ne convient pas à la taille de l'entreprise et peut être exagérément coûteuse, alors surtout que la société unipersonnelle est conçue essentiellement pour les petites et moyennes entreprises. C'est pourquoi, en raison des risques encourus, il saurait être trop recommandé à l'associé unique de se réserver la preuve du bien-fondé de son évaluation¹⁸⁸⁷. Tout cela montre que la société unipersonnelle n'est pas dotée d'un mécanisme interne permettant de contrôler le sérieux de l'affectation. Plus clairement, le législateur entend gagner en opportunité ce qu'il perd en rigueur en raison de la taille de l'entreprise pour laquelle la société unipersonnelle a été conçue.

503. Le même constat s'impose en ce qui concerne les des diverses garanties dues par les associés au cas d'apport en nature. Ainsi, en application de l'article 1843-3 du Code civil, le fait que l'apport soit effectué par l'associé unique ne le dispense pas de la garantie d'éviction ou de la garantie des vices cachés, l'associé unique étant garant envers la société comme un vendeur envers son acquéreur. Il en résulte que l'associé unique peut être conduit à réparer le préjudice subi par la société. Et, s'il est certain que l'associé unique n'agira pas contre lui-même au nom de la société, l'action peut en revanche être intentée par un créancier de la société exerçant l'action oblique (art. 1166 C. civ.)¹⁸⁸⁸. Dans ce cas, le créancier social devra vaincre les difficultés de preuve, ce qui ne sera pas facile en pratique et ce qui contribue, par ailleurs, à rendre hypothétique le contrôle de la réalité de l'affectation patrimoniale.

504. Le contrôle de la réalité d'affectation patrimoniale est encore fragilisé en raison de la possibilité d'effectuer un apport en industrie. En effet, en raison de la position dominante de l'associé unique, les tiers auront du mal à vérifier la réalité des prestations fournies par celui-ci. Le risque d'un apport surévalué n'est donc pas loin et plus probable qu'en matière d'apports en nature¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸⁶ P. SERLOOTEN, « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* », Rép. Sociétés, Dalloz février 2001, n° 77.

¹⁸⁸⁷ P. SERLOOTEN, « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* », Rép. Sociétés, Dalloz février 2001, n° 77.

¹⁸⁸⁸ P. SERLOOTEN, « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* », Rép. Sociétés, Dalloz février 2001, n° 75. V ; également, P. SERLOOTEN, M.-H. MONSÈRIÉ et Y. LIBERI, « *Les sociétés unipersonnelles* » : éd., Joly 2008, n° 57, p. 32.

¹⁸⁸⁹ *Supra* n° 52 et s.

505. La constitution d'un patrimoine affecté en usant de la technique sociétaire suppose également de respecter un certain formalisme en matière de reprise des engagements conclus durant la période de formation. Les formalités légales relatives à la reprise des engagements après l'immatriculation de la société constituent en réalité, des règles de fond exigées pour la validité de l'acte de reprise. La difficulté se pose pour les actes conclus entre la signature des statuts et l'immatriculation¹⁸⁹⁰. En cas de non-respect des formalités de reprise régulière, les engagements conclus pendant cette période seraient considérés comme souscrits au nom personnel de l'associé unique et c'est lui qui serait seul débiteur envers les créanciers. Il en résulte que la responsabilité limitée recherchée à travers l'EURL s'efface pour non-respect du formalisme inhérent à l'adoption d'un cadre sociétaire¹⁸⁹¹.

Toutefois, on ne peut pas aller jusqu'à faire dialoguer l'associé unique avec lui-même. Il faut se rendre à l'évidence pour rappeler qu'il s'agit simplement d'actes préparatoires tendant à affecter certains biens à une exploitation déterminée et que tout se passe alors comme si la personnalité morale de la société unipersonnelle n'existait pas¹⁸⁹². Il convient alors de prévoir une solution légale cohérente et

¹⁸⁹⁰ Une fois immatriculée, la société unipersonnelle dispose de la possibilité de reprise automatique avant la signature des statuts des actes reportés sur un état des actes annexés aux statuts. De la même manière lorsque l'associé unique désigne un tiers gérant et qui avait mandat de prendre des engagements au nom de la société en formation, l'immatriculation de la société emporte reprise des engagements et le gérant mandataire est libéré. Cependant, la transposition cesse d'être cohérente lorsqu'on envisage les actes accomplis par l'associé gérant entre la signature des statuts et l'immatriculation. En effet, la reprise des actes passés pendant cette période est automatique lorsqu'ils ont été accomplis en vertu d'un mandat accordé par les associés à l'un d'entre eux soit dans les statuts soit par acte séparé. En l'absence d'un mandat, la reprise des actes ne peut s'effectuer que par décision de la collectivité des associés (reprise volontaire *a posteriori* article 6 du décret de 1978). Ce formalisme relativement au régime des actes conclus pendant la période de formation a pour seul objectif de protéger les associés et non les tiers. Toutefois, l'associé unique ne peut pas donner mandat à lui-même de telle sorte que la seule solution réside dans la ratification *a posteriori* par l'associé unique (V. infra 158). Ce formalisme doit être respecté par l'associé unique de telle sorte que dans l'hypothèse contraire, il sera responsable sur son patrimoine personnel pour les engagements souscrits pendant cette période. C'est la position adoptée par la Cour de cassation qui considère qu'il ne peut pas avoir de reprise implicite et, dès lors, une décision sociale est impérative, même dans les sociétés unipersonnelles (Cass. com., 31 mai 2005: JCP N 2005, p. 1725, note S. CASTAGNÉ.). Cette régularisation après l'immatriculation suppose donc de respecter scrupuleusement certains rites : l'associé doit prendre une décision formelle et la répertorier sur un registre spécial des décisions, ce qui constitue un pas de plus dans le formalisme et la rigueur en matière de société unipersonnelle (M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec 23^e éd., 2010, n° 203, p. 110.).

¹⁸⁹¹ S. CASTAGNÉ, note sous Cass. com. 31 mai 2005 : JCP N 2005, p. 1725 : dans l'hypothèse où l'acte souscrit au cours de la période de formation donnerait lieu à la perception de droits d'enregistrement - achat d'un fonds de commerce - le défaut de reprise le rendrait en outre seul redevable des droits de mutation et il serait considéré comme seul acquéreur ou preneur définitif du bien considéré. - V. également, infra 158.

¹⁸⁹² M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chronique, 1986, p. 249 : Ce n'est pas en plaquant une personnalité morale sur l'EURL qu'on résout évidemment le problème : aucun isolement physique (Comme c'est le cas pour le patrimoine de mer) ou matérielle (isolement de patrimoine obtenu au moyen d'un inventaire), aucun droit concurrent de

spécifique, compte tenu de l'unicité du fondateur et des impératifs de la sécurité du commerce.

506. La consécration du statut de l'EIRL rend compte de cette vérité, à savoir qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la technique sociétaire pour consacrer l'autonomie patrimoniale de l'entreprise. Cette nouvelle technique obéit à certains égards à un formalisme plus contraignant, mais les difficultés ne sont pas pour autant éliminées. En effet, comme pour les sociétés unipersonnelles, aucun seuil minimum n'est exigé concernant le capital ce qui n'est pas sans contradiction avec la notion du patrimoine d'affectation ainsi qu'avec les fondements de la responsabilité limitée. La nouvelle institution est destinée à la fois aux entrepreneurs en activité et à ceux qui débudent, autrement dit ceux qui n'ont qu'un actif négligeable¹⁸⁹³. *A priori*, on pourrait concevoir une EIRL avec un patrimoine affecté de quelques euros, tout comme il existe la possibilité de constituer une EURL avec un capital social d'un euro¹⁸⁹⁴. Toutefois, selon l'alinéa 2 de l'article L. 526-6 du Code de commerce, « *Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté* ». Ainsi, la liberté de l'entrepreneur pour la détermination des biens n'est que partielle et ne concerne que les biens utiles qui, pour être inclus au patrimoine affecté, doivent être inscrits au bilan de l'entreprise alors que les biens nécessaires doivent faire l'objet d'une vérification par les organismes chargés de la tenue des registres auprès desquels l'EIRL doit déposer la déclaration d'affectation. Plus clairement, selon V. LEGRAND, « *la logique du système tel qu'il est décrit par l'article L. 526-6, alinéas 2 et 3 semble imposer un contenu minimum obligatoire puisque la composition du patrimoine affecté s'entend d'une obligation d'inclure les biens nécessaires à l'activité et de la faculté d'y adjoindre des biens utiles. Par conséquent, la volonté de l'entrepreneur joue un rôle pour moduler la composition de son patrimoine professionnel mais il ne peut pas indéfiniment restreindre ce patrimoine puisqu'impérativement doivent être compris les biens nécessaires à l'activité* »¹⁸⁹⁵. Cela signifie que le patrimoine affecté est

deux personnes sur le même patrimoine ne peuvent aider à la reconnaissance d'un patrimoine séparé. Il reste à imaginer des procédés d'isolement proprement juridiques.

¹⁸⁹³ V. LEGRAND, « *Eirl : lancement des opérations et premier «casse-tête* » à l'intention des aspirants (composition du patrimoine affecté) » : Petites affiches, 03 janvier 2011 n° 1, p. 3 : « *il semble impossible d'affecter un bien futur tel qu'un fonds de commerce que l'on se propose de créer mais qui n'existe pas encore faute d'une clientèle réelle et actuelle. Aussi le dispositif EIRL paraît davantage destiné aux entrepreneurs déjà installés qui ont un patrimoine professionnel* ».

¹⁸⁹⁴ V. LEGRAND, « *Eirl : lancement des opérations et premier «casse-tête* » à l'intention des aspirants (composition du patrimoine affecté) » : Petites affiches, 03 janvier 2011 n° 1, p. 3.

¹⁸⁹⁵ V. LEGRAND, « *Eirl : lancement des opérations et premier «casse-tête* » à l'intention des aspirants (composition du patrimoine affecté) » : Petites affiches, 03 janvier 2011 n° 1, p. 3.

objectivement déterminé en se référant à la notion des biens nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle. Il s'agirait alors d'un avertissement, car l'entrepreneur ne peut conserver dans son patrimoine privé un bien nécessaire à l'activité sous peine de perdre le bénéfice de l'effet de cloisonnement patrimonial propre au dispositif de l'EIRL¹⁸⁹⁶.

En outre, la déclaration constitutive d'affectation, acte unilatéral de volonté, doit comporter un état descriptif du patrimoine affecté. Les organismes compétents vérifient que la déclaration comporte certaines mentions obligatoires, notamment, un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur ainsi que la mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté (article L. 526-7 et L. 526-8 C. com.). La déclaration d'affectation n'entraîne pas de changement de propriétaire mais ces biens ressemblent fortement aux apports en nature de l'article 1832 du code civil¹⁸⁹⁷.

Cela permet de souligner l'importance de l'évaluation des biens affectés à l'activité professionnelle puisqu'elle permet de contrôler, tout particulièrement, la surévaluation de ces biens dans l'intérêt des créanciers professionnels postérieurs à la déclaration d'affectation. Ainsi, l'article L. 526-10 du Code de commerce prévoit une solution identique à celle, prévue pour la surévaluation des apports en nature dans les sociétés à risque limité (SA, SARL, SAS), selon laquelle tout élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à 30 000 euros (article D. 526-5 C. com.) fait l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport annexé à la déclaration et établi sous sa responsabilité par un professionnel (commissaire aux comptes, expert-comptable, association de gestion et de comptabilité ou notaire en cas de bien immobilier) désigné par l'entrepreneur individuel¹⁸⁹⁸. Toutefois, la responsabilité de l'entrepreneur attachée à cette procédure d'évaluation relève d'une conception assez proche de l'EURL mais laisse des différences qu'il convient d'identifier¹⁸⁹⁹. Dans le cadre de l'EURL, si la valeur

¹⁸⁹⁶ V. LEGRAND, « *Eirl : lancement des opérations et premier «casse-tête» à l'intention des aspirants (composition du patrimoine affecté)* » : Petites affiches, 03 janvier 2011 n° 1, p. 3. – Pour les entreprises agricoles, l'article L. 526-6, al. 3 du Code de commerce prévoit une dérogation à l'obligation d'affecter les biens nécessaires à l'exploitation en permettant à l'entrepreneur individuel exerçant une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime de ne pas affecter les terres utilisées pour l'exercice de son exploitation à son activité professionnelle. Cette faculté s'applique à la totalité des terres dont l'exploitant est propriétaire.

¹⁸⁹⁷ F. MARMOZ, « *L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise* » : D. 2010, p. 1570.

¹⁸⁹⁸ L'article L. 526-10 du Code de commerce prévoit également l'hypothèse d'apports ultérieurs à la constitution du patrimoine affecté, sorte d'augmentation de capital qui ne dit pas son nom. Ils devront faire l'objet de la même procédure d'évaluation et du dépôt d'une déclaration complémentaire (art. L. 526-9, al. 3, et L. 526-10, al. 2, c. com.): F. MARMOZ, « *L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise* » : D. 2010, p. 1570.

¹⁸⁹⁹ B. SAINTOURENS, « *Associé unique ou entrepreneur individuel : quel statut choisir pour une responsabilité limitée ?* » : Petites affiches, 28 avril 2011 n° 84, p. 7.

retenue est supérieure à celle du commissaire aux apports, l'associé est déclaré personnellement responsable de cette valeur pendant cinq ans à l'égard des tiers. Cependant, dans le cadre de l'EIRL, si la valeur déclarée est supérieure à celle proposée par le professionnel, l'EIRL est responsable pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers, sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, seulement, à hauteur de la différence entre la valeur déclarée et la valeur proposée par le professionnel. La même conséquence est prévue en cas d'absence de recours à un professionnel à hauteur de la différence entre la valeur déclarée et la valeur réelle du bien (article L. 625-10, al. 3 et 4).

507. L'EIRL jouit d'une certaine liberté d'affectation puisqu'il n'est soumis à aucune obligation dans la gestion de son patrimoine privé ainsi que dans la gestion de son ou ses patrimoines affectés et dans les transferts qu'il peut y opérer. Les décisions d'affectation ou de désaffectation ne font l'objet d'aucun contrôle et la seule limite prévue est le droit ouvert aux créanciers antérieurs de former opposition à la déclaration d'affectation¹⁹⁰⁰.

508. Conclusion de la section 1. Il n'est pas de notre propos de faire une étude d'ensemble du statut de l'EIRL, mais de constater que la constitution d'affectation obéit à des conditions plus rigoureuses que dans l'EURL, grâce à la consécration de la notion de biens nécessaires à l'activité professionnelle. Toutefois, cette notion demeure ambiguë et soulèvera certainement de multiples difficultés. Pour le surplus et au-delà de ces différences, au stade de la constitution, l'EIRL apparaît comme une EURL sans personnalité morale¹⁹⁰¹. Dans les deux cas, il n'en demeure pas moins que l'absence d'une réalité collective a pour conséquence de fragiliser le contrôle de la réalité de l'affectation patrimoniale et le même constat s'impose pendant le fonctionnement.

Section 2. L'incidence de l'unicité sur le fonctionnement de la société unipersonnelle

509. L'organisation patrimoniale de la société est dominée par certaines règles légales tendant essentiellement à protéger les associés et le patrimoine de la société ainsi que les tiers. Il en est principalement ainsi des conventions conclues avec la société et de l'organisation et du contrôle des comptes de l'entreprise sociale. Dans la société unipersonnelle, *« les pouvoirs de l'assemblée sont exercés par l'associé unique qui ne*

¹⁹⁰⁰ D. MARTIN, « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », in EIRL, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, sous la direction de F. TERRÉ, Litec 2011, n° 72, p. 36.

¹⁹⁰¹ F. MARMOZ, « L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise » : D. 2010, p. 1570 : « l'étude du dispositif législatif montre que le législateur a en réalité eu bien du mal à ne pas reproduire le schéma de la technique sociétair. L'EIRL apparaît à de nombreux égards comme une EURL dépourvue de personnalité morale ne permettant pas de parvenir à une sécurité juridique satisfaisante pour l'entrepreneur et les tiers ».

peut pas déléguer ses pouvoirs. C'est à l'associé unique qu'il appartient de prendre des décisions ordinaires comme celles emportant modification des statuts ou comme la révocation du gérant non associé. Les règles de convocation et de tenue des assemblées ne sont pas applicables : l'associé unique est exempté de l'obligation de se convoquer »¹⁹⁰².

Pour déterminer l'incidence de l'unicité sur le contrôle de l'affectation patrimoniale pendant le fonctionnement de la société, nous nous intéresserons à deux questions principales : il convient d'envisager l'incidence de l'unicité, d'une part, sur le régime des conventions conclues avec la société (§1) et, d'autre part, sur le contrôle des comptes de la société (§2).

§1. L'incidence de l'unicité sur le régime des conventions conclues avec la société

510. On sait qu'il existe trois sortes de conventions qui peuvent être passées entre la société et l'un de ses dirigeants ou associés : les conventions interdites, les conventions libres et les conventions réglementées. Quant aux deux premières sortes de conventions, la loi ne prévoit aucune dérogation pour les sociétés unipersonnelles. En revanche, il existe un certain particularisme concernant les conventions réglementées.

511. Les dirigeants ont des devoirs *fiduciaires*. Ils doivent respecter des standards de comportement parmi lesquels figurent la loyauté et le respect de l'intérêt de la société. Or, lorsqu'un dirigeant est intéressé, directement ou indirectement, à une convention qu'il conclut au nom de la société, il s'expose à la tentation et aux risques de préférer son intérêt personnel à l'intérêt social. Dans ce domaine, la réglementation des conventions est le dispositif de contrôle des conflits d'intérêts le plus central de la loi de 1966¹⁹⁰³. La doctrine insiste, d'ailleurs, sur le fait que ces réglementations ne sont pas déontologiques mais légales¹⁹⁰⁴. La transposition de ces réglementations aux sociétés unipersonnelles a soulevé une difficulté de mise en œuvre relativement au contrôle de ces conventions réglementées¹⁹⁰⁵.

512. Plus particulièrement, ce qui est ici en cause est l'analyse de l'incidence de l'unicité d'associé sur l'intangibilité du patrimoine social. Or le système institutionnel de droit commun concernant les procédures de contrôle disparaît

¹⁹⁰² M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 1113, p. 558. – V. une assemblée où ne serait présent qu'un seul actionnaire est valable : Paris 11 juin 1981 : Rev. sociétés 1982, 297, J.-L. SIBON ; JCP CI 1982, n° 10923, n° 14 et les réserves faites par Y. GUYON et G. COQUEREAU.

¹⁹⁰³ C. GOYET, « *Les conventions entre les dirigeants et la SAS* » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 55.

¹⁹⁰⁴ C. GOYET, « *Les conventions entre les dirigeants et la SAS* » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 55.

¹⁹⁰⁵ V. MEDAIL et P. VERGNOLE, « *La société par action simplifiée unipersonnelle : difficulté de mise en œuvre du contrôle des conventions règlementées* » : JCP E 2000, p. 786.

totale­ment lorsque l'associé unique est en même temps gé­rant, alors que ces conventions sont, selon l'expression de M. GERMAIN, « le canal privilégié où peut se vider le patrimoine commercial dans le patrimoine personnel ; un contrat déséquilibré au profit du patrimoine personnel du chef d'entreprise est un moyen simple de porter atteinte à la séparation des patrimoines »¹⁹⁰⁶. Les tentatives de la doctrine pour la conservation d'un certain formalisme n'ont pas été suivies. Pourtant, si une adaptation s'impose logiquement du fait de l'unicité d'associé, l'absence de formalisme préventif laisse, tant dans l'EURL que dans la SASU, planer le risque de confusion des patrimoines. Aucun garde-fou n'est instauré pour inciter l'associé unique à la prudence. On s'en remet donc aux sanctions *a posteriori* qui frappent l'associé et qui feront disparaître le bénéfice de la limitation de responsabilité. De même, doit être soulignée la spécificité de la situation lorsque l'associé unique est une personne morale.

Nous envisagerons tout d'abord le régime des conventions réglementées pour l'associé personne physique (A) avant de préciser la spécificité du régime de ces conventions pour l'associé unique personne morale (B).

A. Le régime des conventions réglementées pour l'associé unique personne physique

513. Sans doute, le législateur n'a pas prévu et n'a, non plus, pas imaginé toutes les difficultés qui peuvent se poser lorsqu'il a procédé à la transposition d'une technique qui repose sur l'idée d'association entre deux ou plusieurs personnes à l'unicité d'associé. Lorsque l'associé unique est lui-même gé­rant, l'organisation institutionnelle de ces conventions est éclatée et a perdu ses mérites et ses raisons d'être. Lorsque la gé­rance est confiée à un tiers, la comparaison des dispositions applicables aux différentes sociétés unipersonnelles fait apparaître un désordre difficile à expliquer. Ces constatations appellent sans doute une nouvelle évolution législative mais, en tout état de cause, de telles modifications ne peuvent aboutir qu'à la transformation de la technique. Plus précisément, quelle que soit sa forme, SAS ou SARL, la société unipersonnelle nécessite une adaptation plus en conformité avec l'unicité d'associé.

1° Le régime des conventions réglementées pour l'associé unique-gérant

514. Quelle que soit la forme, SAS ou SARL, la société unipersonnelle appelle une application particulière de la réglementation des conventions entre les dirigeants et la société.

¹⁹⁰⁶ M. GERMAIN, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : Dr. Sociétés, octobre 1985, p. 3, n° 14.

Il ressort des articles L. 223-19, alinéa 3, et L. 227-10, alinéa 4, du Code de commerce¹⁹⁰⁷ que les conventions réglementées intervenues directement ou par personne interposée entre l'associé unique-gérant (ou président dans la SASU) et la société doivent uniquement faire l'objet d'une mention au registre des délibérations (ou des décisions dans la SASU). De même, il est admis que les dispositions des articles L. 223-19, alinéa 3, et L. 227-10, alinéa 4, écartent l'intervention d'un commissaire aux comptes lorsque l'associé unique est lui-même gérant.

En effet, une hésitation s'est produite en doctrine concernant l'approbation de la convention entre la société et l'associé unique gérant. Certains auteurs se sont prononcés en faveur de cette mesure lors de l'introduction de l'EUURL¹⁹⁰⁸, mais cette interprétation est aujourd'hui exclue. La procédure de contrôle du droit commun, qui avait été prévue par la loi du 11 juillet 1985 et qui était totalement inadaptée, a été supprimée par la loi du 31 décembre 1989 (art. L. 223-19, al. 3) ; il n'y a plus désormais de rapport à établir sur les conventions passées entre l'associé unique et la société ; une mention doit simplement être portée au registre des délibérations (art. R. 223-26, al. 2)¹⁹⁰⁹. La même hésitation est apparue concernant la SASU. Selon M. VIDAL, « *la restriction à la seule mention faisant expressément dérogation aux dispositions "du premier alinéa" elle ne fait pas dérogation à celle des alinéas 2 et 3 (de l'article L. 227-10). En conséquence, l'intervention du commissaire aux comptes est écartée, mais celle-là uniquement, le régime d'approbation demeure, en vertu des alinéas 2 et 3* »¹⁹¹⁰. Cette doctrine essaye, en effet, d'interpréter restrictivement les textes susvisés pour maintenir un certain formalisme (approbation expresse, rapport spécial) pour attirer

¹⁹⁰⁷ Selon l'article L. 227-10, « *Le commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, le président de la société présente aux associés un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président, l'un de ses dirigeants, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3.*

Les associés statuent sur ce rapport.

Les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est seulement fait mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant ».

¹⁹⁰⁸ G. FLORES et J. MESTRE, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : Rev. sociétés, 1986, p. 15 : Pour ces auteurs soulignant l'opportunité d'un contrôle spécifique, faute de disposition légales particulières, il est permis de penser qu'une telle convention doit faire l'objet d'un rapport spécial du gérant, quand bien même serait-il l'associé unique, ou du commissaire aux comptes s'il en existe un, et qu'elle doit ensuite être répertoriée dans le registre des décisions de l'associé unique, étant précisé que l'associé unique ne peut pas valablement se prononcer sur elle. Cette formalité a au moins le mérite d'attirer l'attention de l'associé unique sur l'acte conclu. A défaut le droit produise quand même son effet. L'associé unique supporte les éventuelles conséquences préjudiciables pour la société.

¹⁹⁰⁹ Ph. MERLE, et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 243, p. 275.

¹⁹¹⁰ D. VIDAL, « *Le deuxième souffle législatif de la société par action simplifiée (commentaire de l'article 3 de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche)* » : Dr. sociétés 1999, n° 15, p. 4.

l'attention de l'associé unique sur des opérations qui pourraient présenter le risque de porter atteinte à l'intangibilité du patrimoine social.

Mais, il est acquis aujourd'hui qu'il faut exclure, pour la SASU comme pour l'EUURL, toute procédure de contrôle lorsque l'associé unique est même temps président ou gérant. Plus clairement, lorsque l'associé unique passe la convention en sa qualité de dirigeant, il est sans intérêt de lui imposer d'autoriser ou d'approuver d'une main ce qu'il a conclu avec l'autre¹⁹¹¹. « *L'idée est que l'associé unique-dirigeant n'a pas besoin d'être informé dans les formes un peu sèches que prend habituellement le rapport dit spécial des commissaires aux comptes. La procédure de contrôle est donc allégée, sans doute en considération du fait que l'associé unique est souvent lui-même le dirigeant de la société, ou qu'à tout le moins il est censé disposer des moyens de s'opposer à une convention qu'il ne souhaite pas voir conclure par le dirigeant* »¹⁹¹². En outre, tant l'article 223-19, alinéa 4, concernant la SARL, que l'article 227-10, alinéa 3, concernant la SAS, disposent que les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée, en l'occurrence l'associé unique gérant ou président, d'en supporter les conséquences préjudiciables pour la société. Ces dispositions sont mal adaptées à l'associé unique-dirigeant car il n'est pas possible que celui-ci se désavoue lui-même. La seule conséquence n'interviendra que tardivement lorsque, la société étant défaillante, le tribunal fort justement privera l'associé unique gérant de la limitation de la responsabilité, notamment, si cette convention est à l'origine de la défaillance de l'entreprise.

515. Mesurer l'incidence de l'unicité d'associé sur la déformation de la technique sociale de séparation des patrimoines suppose cependant que soit rappelée la situation de droit commun.

Lorsque la société repose sur l'idée d'association entre deux ou plusieurs personnes, les procédures de contrôle et d'approbation impliquent un contrôle efficace empêchant par là même qu'un gérant ou un associé, directement ou par personne interposée, porte atteinte à l'intangibilité du patrimoine social. D'une part, ces conventions influent sur le droit aux bénéfices de chacun des associés. D'autre part, l'alinéa 1^{er} de l'article 223-19 introduit, de surcroît, une pièce maîtresse, tendant à renforcer mécanisme de contrôle de ces conventions et permettant d'écarter le risque de la confusion des patrimoines : « *Le gérant ou l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité* ».

516. Lorsqu'on est en présence d'une seule personne, une telle règle devient inapplicable sous peine d'aboutir à une impasse ou à une situation de blocage :

¹⁹¹¹ C. GOYET, « *Les convention entre les dirigeants et la SAS* » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 55.

¹⁹¹² P.-L. PÉRIN, « *Nouvelle remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants* » : Bull. joly 1999, § 266, p. 1143.

l'associé gérant est en effet conduit à présenter à l'assemblée (c'est-à-dire à lui-même) un rapport sur les conventions ne portant pas sur les opérations courantes conclues à des conditions normales. Il ne prendra pas part au vote, étant intéressé. C'est pourquoi, les procédures de contrôle sont totalement écartées, alors que dans une société pluripersonnelle, ces procédures constituent les plus importantes organisations institutionnelles imposées pour protéger le patrimoine social.

Il est vrai que, dans la SAS, le législateur n'a pas reproduit l'article L. 225-40, applicable à la SA, qui dispose que l'intéressé doit informer le conseil dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable, c'est-à-dire d'une convention soumise à autorisation préalable. Selon l'article L. 225-40, l'intéressé ne peut pas prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée (art. L. 225-40, al. 1) et de la même façon, lorsque l'assemblée statue sur le rapport spécial du commissaire aux comptes, l'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum de la majorité (L. 225-40, al. 1). Cependant, ce particularisme de la SAS (auquel il peut du reste être dérogé) ne permet pas de conclure, sur ce point, à une quelconque différence entre l'EURL et la SASU. L'alinéa 4 de l'article L. 227-10, en effet, n'écarte pas seulement l'intervention du commissaire aux comptes, mais dispense l'associé unique, lorsqu'il est en même temps dirigeant, de toute procédure d'approbation : il est seulement fait mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son dirigeant.

Dès lors, quelle que soit l'organisation de la société, contractuelle ou institutionnelle, la réduction du nombre d'associés à un impose une adaptation identique en conformité avec l'unicité d'associé. Du reste, en droit commun, l'existence de procédures de contrôle, même allégées, ainsi que le risque de non-approbation de la convention constitue une mesure dissuasive pour quiconque (président, dirigeant, associé) serait tenté de porter atteinte au patrimoine social. L'incidence de l'unicité d'associé est d'écartier toute organisation institutionnelle de la séparation des patrimoines. Or, si cette adaptation s'impose logiquement du fait de l'unicité d'associé, elle ne permet pas un contrôle efficace de cette séparation.

517. Toutefois, une différence subsiste entre l'associé unique d'une EURL et celui d'une SASU. Alors que l'alinéa 3 de l'article L. 223-19 ne distingue pas selon que l'associé unique est gérant ou non, l'alinéa 4 de l'article L. 227-10, qui fait référence aux conventions conclues entre la société et son dirigeant, ne distingue pas quant à lui selon qu'il est associé ou non. Ce texte est donc muet quant à la situation de l'associé unique non gérant. Ainsi, selon que la société unipersonnelle est une SAS ou un SARL, la même question se trouve réglée différemment¹⁹¹³. Plus

¹⁹¹³ C. GOYET, « *Toujours plus simple...Remarques sur la réglementation des conventions dans la SAS unipersonnelle* »: D. Affaires 1999, n° 37, p. 3.

particulièrement, s'il est évident que le sort des conventions intervenues entre l'EURL et l'associé unique non gérant trouve réglée puisque l'article L. 223-19 alinéa 3 ne fait référence qu'à l'associé unique, le sort de celles intervenues entre la SASU et son associé unique n'est régie par aucun texte. On peut certes penser que la solution de l'alinéa 4 de l'article 227-10 s'applique aussi à l'associé unique d'une SASU : les conventions doivent seulement fait l'objet d'une mention au registre des décisions. Toutefois, une lettre du ministre de la justice du 22 décembre 2003, adressée à la Compagne nationale des commissaires aux comptes, a précisé qu'une convention passée entre la société et son associé unique non dirigeant n'a pas à figurer dans le registre¹⁹¹⁴ ce qui est incompréhensible.

518. Il est vrai que « *traditionnellement, les conventions passées entre une société à risque illimité et l'un de ses dirigeants ne faisaient pas l'objet d'une réglementation spécifique, contrairement aux règles prévalant dans les sociétés à risque limité* »¹⁹¹⁵. Il n'est, dès lors, pas surprenant que, dans la mesure où l'unicité d'associé fragilise largement certaines procédures de contrôle de l'effectivité de la séparation des patrimoines, la doctrine ait mis l'accent sur la nécessité des solutions spécifiques adaptées à l'unicité d'associé, tout en proposant différentes solutions dérogatoires au droit commun pour éviter les abus auxquelles peuvent donner lieu ces conventions autorisant l'associé gérant à contracter, en fin de compte, avec lui-même¹⁹¹⁶. Cette perspective doctrinale est aussi louable dans la mesure où la distinction entre les conventions réglementées et les conventions libres est une question de fait qui n'est pas aisée dans la pratique. En effet, les conventions libres qui échappent à tout contrôle sont celles portant sur des « *opérations courantes conclues à des conditions normales* », mais il est préférable, en cas de doute sur le point de savoir si ces deux conditions sont remplies, d'appliquer

¹⁹¹⁴ BRDA n° 10 - 2004, p. 2 ; Bull. CNCC, n° 132, 2003, p. 573.

¹⁹¹⁵ COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 1136, p. 574 : en effet, compte tenu de l'importance de ces conventions la loi de NRE du 15 mai 2001 a créé au nom de la transparence, une procédure de contrôle des conventions passées entre une personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique et l'un des ses administrateur ou l'une des personnes exerçant un rôle de mandataire social (article L. 612-5 du Code de commerce). - la réglementation de ces conventions est instaurée depuis la loi de 1867 dans son article 40, mais le dispositif était inefficace. La réglementation de ces conventions a été cependant perfectionnée par la loi de 1966 dans ses articles 101 et suivants et, de même, renforcé par la loi du 15 mai 2001 dans un chapitre consacré à la « *prévention des conflits d'intérêts* ». Cette loi étend notamment le contrôle aux conventions passées avec les actionnaires détenant au moins 5% des droits de vote et la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a relevé ce pourcentage à 10%. En tout cas, il s'agit de procédure lourde afin d'interdire un dirigeant ou un associé lorsqu'il contracte avec la société d'obtenir des avantages exorbitants qui peuvent, d'ailleurs, être sanctionnés pénalement comme délit d'abus des biens sociaux.

¹⁹¹⁶ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chronique, 1986, p. 249 : « *Lorsque l'associé unique est lui même gérant : on touche là au caractère fondamentalement fictif de la structure, qui s'exprime dans ce sommet d'artifice, le contrat avec presque soi-même, de l'associé unique avec son EURL ...Ces conventions risquent de servir à des opérations de désaffectation clandestine d'actifs auxquelles il aurait pu être paré par des traitements adaptés, dans le contexte différent d'un système de patrimoine affecté* ».

les procédures de contrôle, alors surtout que le non-respect de ces procédures pourrait être retenu comme un élément à charge dans des poursuites pénales pour abus des biens sociaux¹⁹¹⁷.

Une première solution, qui consisterait à interdire ces conventions purement et simplement, apparaît comme dangereusement irréaliste et inopportune. En effet, de trop nombreuses conventions sont incontestablement utiles, comme le compte courant d'associé ou la location à la société d'un immeuble appartenant à son associé¹⁹¹⁸. Cette solution est donc écartée.

Une seconde solution consisterait alors à imposer des mesures spécifiques tendant à la présence obligatoire d'un commissaire aux comptes pour compenser la solitude de l'associé unique. En effet, la passation des conventions entre la société unipersonnelle et son associé, gérant ou non gérant, a suscité une discussion un peu semblable à celle relative à la désignation du commissaire aux apports. Aucune procédure de contrôle efficace ne permet de contrôler les atteintes à l'intangibilité du patrimoine social et, conséquemment, on se trouve obligé de compenser l'absence de pluralité d'associés, qui se contrôlent mutuellement et rendent, par là même, efficace le contrôle exercé par le commissaire aux comptes agissant dans l'intérêt des associés. Cette compensation résiderait dans la présence d'un commissaire aux comptes intervenant en tant que contrôleur au nom de l'État et des créanciers sociaux.

Mais cette solution a été écartée, le fait d'imposer la présence obligatoire d'un commissaire aux comptes étant en réalité critiquable ou au moins inconcevable dans la société unipersonnelle. D'une part, l'intervention d'un commissaire aux comptes constitue une source de frais et se révèle donc inadaptée à la taille de l'entreprise. En d'autres termes, la présence obligatoire d'un commissaire aux comptes est apparue inopportune en ce qu'elle risque de détourner les entrepreneurs du choix de la forme de la société unipersonnelle. D'autre part, même dans le cas où l'entreprise dispose de ressources suffisantes, la présence obligatoire d'un commissaire aux comptes n'a pas une grande utilité. En effet, dans une société pluripersonnelle, le rapport du commissaire aux comptes n'aura pour but que de protéger les associés du préjudice que pourraient leur causer les contrats passés entre la société et l'un de ses membres. Cette disposition n'a en revanche aucune raison d'être s'agissant d'une société à main unique¹⁹¹⁹ car c'est précisément l'associé unique qui a le dernier mot pour approuver ou non la convention intervenue entre lui-même et la société. Or il est inconcevable que celui-ci se désavoue lui-même. Dans ce sens, le fait d'écarter

¹⁹¹⁷ Ph. MERLE, et A. FAUCHON, « *Droit commercial Sociétés commerciales* », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 400, p. 472.

¹⁹¹⁸ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chronique, 1986, p. 249.

¹⁹¹⁹ J.O. Déb. Sénat 23 mai 1985, p. 667 et s.

l'intervention d'un commissaire aux comptes paraît être la solution la plus réaliste en cette matière.

En tout état de cause, la volonté du législateur est donc d'écarter tout mécanisme protecteur lorsque le contrat est conclu avec l'associé unique, faute de pouvoir concilier la taille de l'entreprise avec les exigences techniques qui doivent assurer l'effectivité de la séparation des patrimoines. On aboutit ainsi à une solution pleine de dangers. Aucun garde-fou n'est instauré pour inciter l'associé unique à la prudence. On s'en remet donc aux sanctions *a posteriori* qui frappent l'associé unique en faisant disparaître le bénéfice de la limitation de responsabilité.

2° Le régime des conventions réglementées pour le gérant-non associé

519. Lorsque la convention intervenue intéresse le gérant non associé, l'intégralité de la procédure des conventions réglementées s'applique, car elle conserve tout son intérêt et ne suscite pas les mêmes difficultés que les conventions conclues entre la société et l'associé unique¹⁹²⁰. En réalité il s'agit de protéger l'associé unique dans le cas où la gérance est confiée à un tiers. En effet, pour la SARL comme pour la SAS, c'est la réglementation prévue pour la société anonyme (article L. 225-38) qui a été transposée. Toutefois, le régime des conventions réglementées n'est pas exactement le même selon que la société unipersonnelle est une SARL ou une SAS. Ces différentes solutions applicables aux sociétés unipersonnelles montrent un certain désordre en la matière.

520. Pour la SARL, le législateur a supprimé la phase d'autorisation préalable lorsque la société est dotée d'un commissaire aux comptes. Il s'ensuit qu'il faut distinguer selon que la société est dotée ou non d'un commissaire aux comptes.

Si la société est dotée d'un commissaire aux comptes, c'est l'approbation *a posteriori* qui s'applique. Le gérant doit aviser le commissaire aux comptes de la convention intervenue dans un délai d'un mois à compter de sa conclusion (article R. 223-16, al. 1, C. com.). La convention doit faire l'objet d'un rapport spécial du commissaire aux comptes (article L. 223-19). Ce rapport doit contenir certaines mentions précisées à l'article R. 223-17. L'associé unique statue sur ce rapport. Il peut ou non approuver la convention¹⁹²¹.

S'il n'y a pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'associé unique. Dans

¹⁹²⁰ P. SERLOOTEN, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », Rép. sociétés Dalloz, février 2001, n° 128.

¹⁹²¹ V. A. SAYAG, « De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 » : JCP G 1985, I, doctrine, 3217 : « En cas de gérant tiers : s'agissant des contrats passés entre la société et le gérant non associé, en l'absence de commissaire aux comptes, il n'est pas mauvais de substituer à un contrôle *a posteriori* assez vain une autorisation *a priori* par l'assemblée : la procédure s'alourdit, l'acte devient incommode, mais n'est pas en principe dangereux, s'agissant d'un gérant non associé ».

ce cas, c'est le gérant qui doit établir un rapport spécial, même si c'est lui-même qui est concerné par la convention.

Dans l'hypothèse où les procédures d'approbation préalable n'ont pas été respectées ou si la convention n'a pas été approuvée, elle produira quand même ses effets, mais le gérant supportera les conséquences préjudiciables à la société. Il s'agit d'une disposition protectrice des tiers. En tout cas, la convention, selon les termes de l'article L. 223-19, alinéa 3, doit être répertoriée dans le registre des décisions de l'associé unique.

Le texte distingue ainsi selon que la SARL possède ou non un commissaire aux comptes, sans que l'on comprenne très bien pourquoi la présence de cet organe conduit à exclure le contrôle préalable des associés sur les conventions passé par un gérant non associé¹⁹²².

521. Si cette transposition est logique en matière d'EURL, en revanche, la transposition du régime des conventions de la SAS à l'unicité d'associé n'est pas à l'abri des critiques.

En premier lieu, l'article L. 227-10 du Code de commerce (ancien art. 262-11 de la loi de 1966) est l'équivalent de l'article L. 225-38, relatif aux SA classiques (article 101 de la loi de 1966). Toutefois, en 1994, la loi créant la SAS a allégé les procédures applicables aux conventions réglementées. L'absence dans la SAS d'un organe comparable au conseil d'administration ou au conseil de surveillance a conduit le législateur à supprimer la phase de l'autorisation préalable. La seule prérogative confiée aux associés est d'approuver la convention, le refus d'approbation pouvant seulement conduire à la responsabilité des dirigeants. Les associés perdent ainsi le moyen de contrôle le plus efficace : celui d'interdire la conclusion ou, à défaut, d'en poursuivre l'annulation.

En second lieu, alors qu'en 1994 il avait déjà considérablement réduit le contrôle du dirigeant d'un SAS pluripersonnelle, le législateur a choisi, en 1999 de dispenser le dirigeant d'une SAS unipersonnelle de toute procédure¹⁹²³. Selon C. GOYET, « *cette rédaction paraît au contraire exclure nécessairement l'application de l'ensemble de la procédure décrite par les dispositions des alinéa précédents et cela en toutes circonstances, que le dirigeant intéressé soit ou non l'unique associé* ». Selon cet auteur, « *l'article 262-11, est l'équivalent de l'article 101 pour la SA classique, mais le législateur y ajoute par ailleurs une indication relative au déroulement de la procédure, en l'occurrence le rapport du commissaire aux comptes devant les associés. Déroger à l'alinéa 1^{er}, c'est*

¹⁹²² C. GOYET, « *Toujours plus simple...Remarques sur la réglementation des conventions dans la SAS unipersonnelle* » : D. Affaires 1999, n° 37, p. 3.

¹⁹²³ C. GOYET, « *Les conventions entre les dirigeants et la SAS* » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 55.

*nécessairement déroger à l'obligation même de soumettre les conventions à contrôle. L'alinéa 4 ne distingue pas selon que l'associé unique est ou non l'unique dirigeant »*¹⁹²⁴.

La procédure de contrôle est donc allégée, sans doute en considération du fait que l'associé unique est souvent lui même le dirigeant, ou qu'à tout le moins il est censé disposer des moyens de s'opposer à une convention qu'il ne souhaite pas voir conclure avec le gérant. On a sans doute sous-estimé la diversité des modes de direction de la SASU : la réduction à un du nombre d'associés ne signifie pas forcément que les organes dirigeants soient eux aussi réduits à leur plus simple expression, ni que l'associé unique dispose d'un contrôle total sur la direction. La SASU reste une forme dédiée à des entreprises d'une certaine importance, qui peuvent nécessiter des modes d'organisation complexes et donc des procédures de contrôle¹⁹²⁵.

Faire échapper à la réglementation des conventions le dirigeant non associé d'une SAS unipersonnelle ne paraît donc pas rationnel. Une des grandes applications de la SAS unipersonnelle proviendra de la filialisation des groupes. Dans ce domaine, l'attelage d'une personne morale associée unique et d'une direction confiée à une ou plusieurs personnes physiques non associées sera certainement habituel. En outre, la direction d'une SAS unipersonnelle peut être confiée à une personne morale non associé et, dans ce cas aussi, la réglementation des conventions sera inapplicable. Lorsque la convention est conclue avec un dirigeant non associé, le détenteur de la totalité du capital se trouve privé de tout moyen de contrôler directement les conventions. Il semble pourtant que l'existence d'un contrôle de l'associé sur ces conventions devienne en cette occurrence plus impérieuse. Lorsqu'il s'agit d'arbitrer entre l'intérêt personnel et l'intérêt social, un dirigeant non associé se trouve plus exposé à la tentation que celui qui possède une participation dans le capital.

522. Surtout, cette situation devient incohérente lorsqu'on compare la réglementation des conventions dans la SASU avec celle applicable dans l'EUURL. D'une part, dans l'EUURL la réglementation ne s'applique pas uniquement aux dirigeants mais aussi aux associés. D'autre part, selon l'alinéa 2 de l'article L. 223-19, s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'associé unique. Selon que la société unipersonnelle est une SAS ou un SARL, la même question se trouve réglée différemment¹⁹²⁶. Il peut s'agir d'une rédaction maladroite puisque l'article L. 227-10 permet de dispenser le dirigeant non associé de la SASU de tout formalisme.

¹⁹²⁴ C. GOYET, « *Les conventions entre les dirigeants et la SAS* » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 55.

¹⁹²⁵ P.-L. PÉRIN, « *Nouvelle remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants* » : Bull. joly 1999, § 266, p. 1143.

¹⁹²⁶ C. GOYET, « *Toujours plus simple...Remarques sur la réglementation des conventions dans la SAS unipersonnelle* » : D. Affaires 1999, n° 37, p. 3.

B. Le régime des conventions réglementées pour l'associé unique personne morale

523. La particularité du régime des conventions réglementées pour l'associé unique personne morale concerne aussi les conventions interdites. On sait en effet que certaines conventions sont interdites parce qu'elles présentent un danger pour la société (article L. 223-21). Ce sont les emprunts contractés auprès de la société ou les découverts en compte courant ainsi que les cautionnements et avals consentis pour garantir une dette personnelle d'un associé, d'un dirigeant ou des proches parents de ceux-ci. La sanction de ces conventions est la nullité absolue sans confirmation possible et l'application de la prescription de droit commun. Cette nullité peut être demandée par tout intéressé et notamment par les associés, mais elle peut être relevée d'office par le juge. Le demandeur n'est pas tenu d'établir l'existence d'un préjudice subi par la société. Les dirigeants ou associés qui ont contracté de telles conventions sont civilement responsables et peuvent même être pénalement poursuivis pour abus des biens sociaux. Le but de l'interdiction est de mettre fin aux crédits âprement sollicités et abusivement consentis par une société à ses dirigeants.

524. Mais le législateur a restreint cette interdiction aux hypothèses dans lesquelles l'emprunteur est une personne physique¹⁹²⁷ (article L. 223-21, dans sa rédaction issue de la loi du 5 janvier 1988). Pour la SARL, l'interdiction visait la société personne morale emprunteuse qui participe à son capital, mais la loi du 5 janvier 1988, a supprimé cette interdiction. Celle-ci, qui ne s'applique donc pas à l'associé unique personne morale, continue en revanche à viser le représentant légal de ladite personne morale associée.

C'est la particularité des groupes de sociétés qui explique cette disposition à l'égard de l'associé unique personne morale. L'interdiction de ces conventions constitue en effet un handicap à une politique de plein emploi de leurs capacités financières. Les prêts et surtout les avances en compte courant que se consentent les sociétés du groupe, ainsi que les opérations de cautionnement, constituent les formes de financement les plus fréquemment effectuées à l'intérieur d'un groupe de sociétés¹⁹²⁸. Ces opérations permettent notamment la plus parfaite adéquation des ressources aux besoins, et cela à l'échelon du groupe tout entier. D'un part, le rapport de financement n'est nullement subordonner à un flux de biens et services préalable ou concomitant, si bien qu'en théorie, deux sociétés qui n'entretiennent aucun rapport commercial ou financier direct pourront se financer réciproquement¹⁹²⁹.

¹⁹²⁷ D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 201, p. 137.

¹⁹²⁸ D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 11, p. 17.

¹⁹²⁹ D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 14, p. 21 : « Les prêts inter-groupe, à la différence des prêts entre entreprises commercialement liées, ne supposent nullement un rapport commercial fondamental. Ils ne sont pas mis au service de la politique commerciale de la société prêteuse. Ils apparaissent comme les instruments d'une politique financière du groupe. C'est là leur profonde spécificité. Bien souvent, dans les grands groupes, ils ne sont plus l'expression de véritables opérations

D'autre part, et c'est là sans doute le trait distinctif le plus remarquable par rapport à un prêt ordinaire, la perspective d'une rémunération apparaît nettement secondaire. D'une façon générale, il n'est pas question dans un groupe de freiner la mobilité des capitaux en exigeant un taux d'intérêt élevé. Aussi les concours financiers sont-ils parfois gratuits¹⁹³⁰. De la même manière, il est assez rare que les prêts et avances intergroupe soient assortis de garanties et de sûretés. Le caractère peu contraignant de cette technique de financement apparaît enfin à travers la variabilité des termes de remboursement¹⁹³¹. Ces contrats se prêtent aussi le mieux à une fluide circulation des capitaux dans le groupe et à une adéquation optimale des excédents de certaines sociétés aux déficits des autres¹⁹³².

525. Toutefois, le détenteur du pouvoir ne peut purement et simplement prélever des sommes dans la caisse de certaines sociétés pour les affecter aux besoins des autres. Il lui est interdit de transformer un contrôle exercé sur des biens appartenant à une collectivité d'associés en une possession d'un bien personnel. A une fiction doit correspondre une autre fiction. C'est pourquoi, en raison de l'indépendance juridique des filiales, il sera nécessaire de recourir à l'écran du contrat¹⁹³³. La fréquence des prêts et avances est très directement fonction de la centralisation des décisions dans le groupe. Certaines filiales conservent une assez large autonomie et la société mère se borne à fixer les objectifs qu'elles doivent poursuivre. Elle n'exerce son pouvoir que si l'objet du contrat s'écarte de la ligne de direction tracée et les financements entre sociétés groupées seront peu fréquents. Au contraire, dans les groupes fortement centralisés, la société mère ou la holding collectera systématiquement les trésoreries des sociétés membres pour les gérer de la façon la plus rentable et les affecter au mieux entre les unités du groupe.

526. Cependant, contrôler une société n'implique pas le droit de disposer arbitrairement de ses ressources¹⁹³⁴ car un tel droit serait susceptible de nuire aux intérêts catégoriels, ceux des minoritaires et des créanciers sociaux¹⁹³⁵.

On a vu que la situation devient incohérente lorsqu'on compare la réglementation des conventions dans la SASU avec celle applicable dans l'EURL. En outre, l'allégement des procédures de contrôle dans la SAS devient inconciliable avec

de crédits. Plus exactement, en se servant des prêts et avances effectués entre les sociétés membres, ces groupes visent une finalité plus lointaine : la libre circulation des capitaux en leur sein. Ils cherchent, grâce aux opérations de crédits les plus classiques, à dépasser leur condition juridique d'agrégat de sociétés, néanmoins séparées par le mur de leur personnalité distincte et le cloisonnement de leurs patrimoines...l'idée est si vraie que de telles opérations sont d'autant plus nombreuses et importantes que le groupe, par ses structures et ses activités, se rapproche d'une entreprise unique ».

¹⁹³⁰ D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 11, p. 18.

¹⁹³¹ D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 11, p. 19.

¹⁹³² D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 6, p. 14.

¹⁹³³ D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 6, p. 14.

¹⁹³⁴ D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 1, p. 11.

¹⁹³⁵ D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », Paris, Litec, 1982, n° 3, p. 12.

l'unicité d'associé. En effet, l'article L. 227-10, qui est en principe la transposition de l'article 225-38 (article 101 de la loi de 1966) sur la société anonyme, ne reproduit pas l'alinéa 3 de ce dernier texte, qui concerne l'hypothèse dans laquelle les sociétés en cause ont des dirigeants communs et qui est la pièce la plus importante de tout le mécanisme. La possibilité de transfert de valeurs d'une société à une autre ne connaît ainsi aucune limite. Par exemple, l'associé unique gérant d'une SAS peut contracter par exemple avec une SARL dont il est associé sans être soumis à un aucun formalisme. Il reste cependant que, pour ne pas être constitutives d'abus des biens sociaux, ces conventions doivent être justifiées par l'intérêt du groupe tout entier¹⁹³⁶.

527. En fin de compte, si la société a le mérite de réaliser une affectation patrimoniale, c'est la présence d'une pluralité d'associés qui se contrôlent mutuellement qui est une source d'efficacité. En l'absence de telles procédures de contrôle, il est légitime de prévoir certaines mesures spécifiques ou certaines techniques de contrôle des conventions afin de protéger le patrimoine de la société dans l'intérêt des créanciers et des partenaires de l'entreprise. Cependant, ces mesures ont été écartées et l'on a, par là même, avoué que la séparation des patrimoines était laissée à la discrétion de l'associé unique. Aucun droit concurrent ni aucune organisation légale permettant de contrôler la séparation des patrimoines n'existe, de telle sorte que l'on ne peut pas pallier les défauts de la notion du patrimoine d'affectation d'une seule personne. Les mérites de la théorie tant contractuelle qu'institutionnelle sont déplacés et vidés de leur sens et de leurs raisons d'être. Cela étant, il convient d'étudier l'incidence de l'unicité d'associé sur le contrôle des comptes.

§2. L'incidence de l'unicité sur le contrôle des comptes sociaux

528. Dans une entreprise unipersonnelle, l'entrepreneur, s'il n'a pas avant tout le souci de gestion rationnelle de son entreprise, n'a pas d'intérêt à produire des comptes réguliers. L'intérêt du recours à la technique sociale est d'offrir une technique d'organisation patrimoniale de l'entreprise. La seule faiblesse de ce système (mais qui en fait la qualité) est qu'il repose entièrement sur un langage comptable¹⁹³⁷. Dès lors, il ne peut être mis en place, et on ne pourra vérifier qu'il a

¹⁹³⁶ Cass. crim., 4 février 1985 l'arrêt Rozenblum, : JCP E 1985, II, 14614, note W. JEANDIDIER ; D. 1985, p. 478, note OHL. – Cass. crim., 9 décembre 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 358, note B. BOULOC ; JCP E 1992, I, 166 : seul le transfert d'actifs sans contrepartie sont caractéristique d'une confusion de patrimoine – Cass. crim., 20 mars 2007 : Rev. sociétés 2007, p. 590, note B. BOULOC. – BOURSIER, « *Le fait justificatif de groupe dans l'abus des biens sociaux* » : Rev. sociétés 2005, p. 273. – J.-P. BERTREL, « *La gestion de trésorerie au sein des groupes de sociétés* » : RJDA 7/1992, p. 539. – C. D'HOIR-LAUPRÊTRE, « *L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène du groupe de sociétés* » : D. 1993, p. 248.

¹⁹³⁷ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chron., 1986, p. 249 : « *Si sur l'arbre qui constitue le droit des sociétés, on procède à quelques élagages concernant l'organisation de la personne morale, on découvre un tronc majestueux qui est l'organisation*

bien été fait droit aux créanciers, que dans la mesure où il existe des comptes réguliers. C'est pourquoi tout devra reposer dans la société unipersonnelle sur des comptes annuels systématiquement contrôlés et publiés¹⁹³⁸.

529. Toutefois, la physionomie de l'organisation patrimoniale de la société unipersonnelle ne ressemble pas à la technique sociale du droit commun des sociétés pluripersonnelles. En effet, « dans une société ordinaire, ces comptes sont soumis à une vérification de la part des associés, car ils sont établis par les dirigeants, mais ils ne sont pas toujours soumis à contrôle. Ce contrôle est dans la généralité des cas inutile. En effet, dans une société ordinaire les différents associés ont intérêt à ce que les comptes soient réguliers car ces comptes révèlent leurs droits sur les bénéficiaires et sur l'actif social. Ils se mettraient, les uns par rapports aux autres, dans des situations inextricables s'ils n'étaient pas décidés à offrir aux créanciers des comptes réguliers ». En outre, dans les sociétés pluripersonnelles, le commissaire aux comptes, s'il existe, peut exercer sa mission de manière indépendante et efficace car il représente, face aux dirigeants, les intérêts des associés. « Quant aux créanciers, qui n'apparaissent que de façon épisodique dans la vie de l'entreprise, ils ne méritent peut-être non plus une représentation permanente »¹⁹³⁹.

En revanche, dans une société unipersonnelle, l'organisation patrimoniale ne repose pas sur l'idée d'association entre deux ou plusieurs personnes intéressées à l'œuvre à réaliser, ni sur une séparation entre pouvoir et propriété. Il s'ensuit que les

patrimoniales de l'entreprise. Bien que prévue à l'origine pour les sociétés, elle peut être étendue à l'entreprise individuelle. Il s'agit dans les deux cas d'une organisation d'un patrimoine d'affectation. La description en est difficile car tout est intellectuel et comptable dans cette organisation. Fort heureusement elle est connue de tous – ce qui est d'ailleurs une bonne raison supplémentaire de l'adopter ». ». – Pour l'EIRL Voir l'article L. 526-13 du Code de commerce selon lequel « L'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, établie dans les conditions définies aux articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L.123-27 ». Cependant, selon l'al. 2 du même article, par dérogation à l'article L. 123-28 et au premier alinéa du présent article, l'activité professionnelle des personnes bénéficiant des régimes définis aux articles 50-0, (Régime micro-entreprise pour les BIC), 64 et (imposition forfaitaire des bénéficiaires agricoles) 102 ter (Régime spécial d'imposition des BNC pour les recettes inférieures à 27.000 €) du code général des impôts fait l'objet d'obligations comptables simplifiées. Il semble bien que la grande majorité des EIRL relèveront du régime du micro-imposition. Ces personnes ainsi visées peuvent ne pas établir des comptes annuels ou de compte de résultat, mais elles sont soumises aux obligations comptables simplifiées définies par l'article R. 526-10-1 du Code de commerce. Cet article crée par l'article 16 du décret n° 2010-1706 du 29 décembre 2010, précise que ces EIRL doivent tenir un livre des recettes et, lorsque la nature de leur activité le requiert, un registre des achats (article L. 123-28) et d'un relevé annuel actualisant la déclaration d'affectation, selon un modèle type approuvé par arrêté conjoint du garde des Sceaux, ministre de la justice et du ministre chargé de l'Économie (articles A. 526-1 et A. 526-2). En outre, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté ». – Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'entrepreneur individuel ayant adopté le statut d'EIRL se trouvera soumis aux règles comptables des commerçants alors même que son activité peut être civile : B. SAINTOURENS, « Associé unique ou entrepreneur individuel : quel statut choisir pour une responsabilité limitée ? » : Petites affiches, 28 avril 2011 n° 84, p. 7.

¹⁹³⁸ M.-Th. CALAIS-AULOY, « Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL » : D. chron., 1986, p. 249.

¹⁹³⁹ M.-Th. CALAIS-AULOY, « Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL » : D. chron., 1986, p. 249.

techniques de contrôle et d'approbation des comptes deviennent inadaptables et inopérantes. Plus clairement, si l'existence d'un contrôle interne mutuel et d'un contrôle judiciaire est concevable dans la société pluripersonnelle, ces mécanismes ne peuvent qu'être exclus dans la société unipersonnelle. Pour celle-ci, le contrôle des comptes et l'organisation patrimoniale de l'entreprise doivent reposer sur un fondement différent.

En effet, comme le relève M.-Th. CALAIS-AULOY, « encore faudrait-il lutter contre le désinvestissement abusif qui peut intervenir à tout moment. L'entrepreneur étant seul à avoir des droits sur le patrimoine de l'entreprise peut être tenté de désinvestir à n'importe quel moment »¹⁹⁴⁰. A cet égard, si l'on veut promouvoir une technique de réalisation d'une affectation patrimoniale effective, un contrôle externe est impératif. L'efficacité de la séparation des patrimoines dépend de l'existence d'un contrôle extérieur à l'entreprise, soit par un commissaire aux comptes soit par un centre de gestion agréé¹⁹⁴¹. De même, le rôle du commissaire aux comptes doit être modifié : il n'intervient pas au nom des associés et à l'encontre des dirigeants comme c'est le cas en droit commun, mais comme agent de l'État et à l'encontre de l'associé unique¹⁹⁴². Plus clairement, le commissaire aux comptes ne représente plus l'intérêt de l'associé, mais il devient un contrôleur de la gestion de l'entreprise et de l'associé unique. Mais ce choix n'a pas été suivi.

Il convient dans ce cadre envisager l'incidence de la transposition du régime des comptes sociaux à la société unipersonnelle en deux temps. Nous envisagerons, l'établissement et l'approbation des comptes annuels (A), avant leur publicité (B).

¹⁹⁴⁰ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chron., 1986, p. 249.

¹⁹⁴¹ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chron., 1986, p. 249. – J. PAILLUSSEAU, « *l'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP G 1986, I, 3242 et JCP E 1986, II, 14684 : si le législateur en créant cette société, ait laissé à l'associé unique organiser unilatéralement et librement la limitation de responsabilité, il serait peu probable que ce dernier consente à limiter sa liberté pour assurer de manière générale la protection de ses créanciers, ou qu'il se contraigne à nommer un commissaire aux apports, ou qu'il accepte, de sa propre initiative, de s'interdire de puiser librement dans la caisse sociale. La conception et la mise en œuvre de la protection des créanciers de la société ne peut être que le fait du législateur. Il doit l'imposer et la faire respecter. Ce qui est vrai pour la protection des intérêts des créanciers, l'est tout autant pour celle des salariés ou celle d'autres intéressés. L'organisation de la société ne peut donc être totalement à la discrétion de ses fondateurs et de ses utilisateurs, dès qu'ils apparaissent des intérêts qui s'opposent aux leurs, et que le législateur décide de les prendre en compte, il faut qu'il intervienne pour les arbitrer, réaliser des compromis et établir des équilibres. C'est cela l'organisation institutionnelle de la société.

¹⁹⁴² M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL* » : D. chron., 1986, p. 249 : « Seul l'État a un intérêt que l'entreprise fonctionne régulièrement. L'expert qui interviendra le ferait donc au nom de l'état. L'essentiel serait que cet expert chargé de contrôler les comptes soit bien sûr comptent, indépendant de l'entrepreneur et puisse voir lui-même sa responsabilité engagée. Elle pourrait l'être au moins en cas de faillite. A contrôler les comptes, il faut également les publier afin que cet acte de contrôle, qui par nature unilatéral, soit efficace. Contrôler et publier les comptes permettrait d'empêcher les prélèvements annuels interdits par l'organisation patrimoniale de l'entreprise ».

A. L'établissement et l'approbation des comptes sociaux

530. Dans une société pluripersonnelle, l'intérêt des comptes sociaux, établis par le gérant, est d'être une source d'information pour les associés. Ces comptes sont, d'une part, les comptes annuels, c'est-à-dire, le bilan et les comptes de résultat et leurs annexes, faisant état notamment du montant des engagements financiers pris par la société (art. L. 223-31, al. 2, C. com.¹⁹⁴³), d'autre part, le rapport de gestion, qui doit être présenté à l'assemblée générale des associés¹⁹⁴⁴, et enfin l'inventaire.

531. L'article L. 223-31, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, relatif à l'EURL, écarte les dispositions des trois premiers alinéas de l'article L. 223-26 et des articles L. 223-27 à L. 223-29, qui sont relatifs à la réunion de l'assemblée générale et n'ont évidemment aucune raison d'être en cas d'associé unique. Selon l'article L. 223-31, alinéa 2, « *le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels sont établis par le gérant.* ». Quant à la SASU, « *Le rapport de gestion, les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés sont arrêtés par le président* » (article L. 227-9, al. 3). Ces documents comptables doivent être établis, même par l'associé unique gérant, sous peine de sanction pénale. Le gérant de l'EURL ou le président dans la SASU doit pour chaque exercice dresser l'inventaire et établir les comptes annuels et le rapport de gestion (pour la SARL : art. L. 241-4 ; pour la SAS : art. L. 244-1 et L. 242-8 C. com.)¹⁹⁴⁵.

532. En outre, l'obligation d'approbation des comptes s'applique à l'associé unique. En effet, l'approbation annuelle des comptes est la décision la plus importante dans la vie d'une société, car c'est la seule pour laquelle existe une périodicité légale et parce qu'elle permet une réflexion et un contrôle annuel de la gestion de l'entreprise. L'associé unique doit donc prendre la décision d'approbation des comptes, le cas échéant après rapport des commissaires aux comptes, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice (articles. L. 227-9, al. 3 et L. 223-31 al. 2).

533. Cette solution est compréhensible lorsque la gérance est confiée à un tiers¹⁹⁴⁶, mais en prévoyant que l'associé unique approuve les comptes, l'article L.

¹⁹⁴³ Cette disposition résulte également des dispositions de l'article L. 232-1 I relatives aux documents comptables des diverses sociétés commerciales : au bilan doivent être annexés 1° un état des cautionnements, avals et garanties donnés par la société. 2° un état des sûretés consentis par elle. Ces documents sont, le cas échéant, mis à la disposition des commissaires aux comptes dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État.

¹⁹⁴⁴ Selon l'article L. 232-1 II « *le rapport de gestion expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi, ses activités en matière de recherche et de développement* »

¹⁹⁴⁵ Article L. 241-4 du Code de commerce : « *est puni d'une amende de 9 000 € : 1° le fait pour les gérants, de ne pas, pour chaque exercice, dresser l'inventaire, établir les comptes annuels et un rapport de gestion* ».

¹⁹⁴⁶ L. n° 2005-882, 2 août 2005 : JO 3août 2005, p. 12639 ; JCP G 2005, act. 459 : pour les EURL dont le gérant n'est pas l'associé unique, la procédure d'approbation classique continue à s'appliquer. Comme dans toute SARL pluripersonnelle, le gérant de l'EURL, doit déposer en double exemplaire,

223-31 du Code de commerce ne distingue pas selon que l'associé unique est ou non gérant. Selon P. SERLOOTEN, cette disposition est particulièrement cocasse lorsque l'associé unique est en même temps gérant¹⁹⁴⁷. Il en résulte une incertitude concernant l'obligation d'approbation des comptes de l'exercice par l'associé unique gérant : il est inconcevable d'approuver des comptes tenus par soi-même. De fait, l'alinéa 3 de l'article L. 223-31 prévoit que les décisions prises au lieu et place de l'assemblée sont répertoriées dans un registre, mais l'alinéa 4 du même article ne prévoit pas de sanction et se borne à énoncer que « *les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé* ». En outre, la non-approbation des comptes n'est pas sanctionnée pénalement¹⁹⁴⁸.

C'est pourquoi, mettant fin à ces incertitudes, la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME a ajouté au même alinéa 2 de l'article L. 223-31, une disposition particulière pour le cas de l'associé unique gérant : « *Lorsque l'associé unique est seul gérant de la société, le dépôt au registre du commerce et des sociétés, dans le même délai (dans les 6 mois de la clôture de l'exercice), de l'inventaire et des comptes annuels, dûment signés, vaut approbation des comptes sans que l'associé unique ait à porter au registre prévu à l'alinéa suivant le récépissé délivré par le greffe du tribunal de commerce* ». La même dispense de l'approbation expresse des comptes, a été faite par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite LME, lorsque l'associé unique d'une SASU assume, en même temps, la direction (art. L. 227-9, al. 3, in fine).

534. En outre, la réglementation concernant le rapport de gestion a subi une certaine évolution dans le cas de l'associé unique gérant d'une EURL ou président d'une SASU. En effet, le maintien du rapport de gestion peut paraître anormal dans la mesure où son auteur et son destinataire sont la même personne. A l'origine, toutes les SARL et SAS devaient déposer au greffe du tribunal de commerce le rapport de gestion et les comptes annuels dans le mois suivant l'approbation des

au greffe du tribunal de commerce, pour être annexés au registre du commerce et des sociétés, dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par l'associé unique 1° les comptes annuels, le rapport de gestion et, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe, les rapports des commissaires aux comptes sur les comptes annuels et les comptes consolidés, éventuellement complétés de ses (leurs en cas de pluralité des gérants) observations sur les modifications apportées par l'associé unique de comptes annuels qui lui a été soumis 2° la proposition d'affectation du résultat soumise à l'associé unique et la décision d'affectation prise. 3° en cas de refus d'approbation ou d'acceptation, une copie de la décision de l'associé unique est déposée dans le même délai (art. L. 232-22 du Code de commerce). A défaut, il s'expose à l'amende prévue à l'article 53 du décret.

¹⁹⁴⁷ P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : D. 1985, chron., p. 187

¹⁹⁴⁸ A. SAYAG, « *De nouvelle structure pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : JCP G 1985, I, 3217 : « *l'article 427 (L. 241-5 du Code de commerce) ne fulmine de peine que contre le gérant, épargnant implicitement mais clairement l'associé unique* ». – V. également J.O. Déb. Ass. Nat. 12 avril 1985, p. 178. – En ce sens, J.-J. DAIGRE, « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : J. Cl. Société traité, éd. 2000, Fasc. 82-10, n° 57 : l'article 427 de la loi de 1966 ne prévoit de sanction pénale que si le gérant n'a pas procédé à la réunion de l'assemblée des associés dans le six mois de la clôture de l'exercice, ce qui exclut l'hypothèse de l'associé unique.

comptes (art. L. 232-22 et L. 232-23 C.com). Cette solution a pu être justifiée en voyant dans cette obligation de réflexion annuelle un instrument de gestion, dans la mesure où l'on peut espérer qu'elle contribue à l'amélioration de la gestion. De plus, le rapport de gestion est également destiné à assurer l'information du commissaire aux comptes puisqu'il lui est communiqué. Enfin, la mesure est protectrice des tiers car, en consultant le greffe, ils disposeront de l'information la plus complète.

Cependant, dans le cadre d'un allègement des formalités visant à rendre plus simple et moins coûteux le choix de la technique sociétaire pour les entrepreneurs individuels¹⁹⁴⁹, certaines mesures ont été adoptées depuis quelques années pour les sociétés unipersonnelles, EURL ou SASU, dont l'associé unique est une personne physique assumant personnellement les fonctions respectivement de gérant ou de président¹⁹⁵⁰. Dans un premier temps, la loi, dite (LME) précitée, a complété le I de l'article L. 232-22 du Code du commerce par un alinéa ainsi rédigé: « *lorsque l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance de la société, il est fait exception à l'obligation de déposer le rapport de gestion, qui doit toutefois être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande.* »¹⁹⁵¹. Cet article dispensait les sociétés concernées de déposer ce rapport au RCS, sans toutefois les dispenser de l'établir. Le rapport de gestion devait en effet être tenu à la disposition de toute personne en faisant la demande (C. com., art. L. 232-23, I, dernier al.), ce qui imposait légalement de l'établir¹⁹⁵². Dans un second temps, l'article 8 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, a prévu une dispense d'établissement du rapport de gestion pour les SARL et les SAS dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou la présidence, à condition que ces sociétés ne dépassent pas, à la clôture de leur exercice social, deux seuils sur les trois critères classiques que sont le total bilan, le montant du chiffre d'affaires hors taxe et le nombre moyen de salariés au cours de l'exercice (article 232-1, IV du Code de commerce)¹⁹⁵³. Le montant des seuils a été fixé par le décret n° 2011-55 du 13 janvier 2011¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁴⁹ D. GALLOIS-COCHET, « *Dispense de rapport de gestion* » : Dr. sociétés, comm., mars 2011, n° 3, p. 49.

¹⁹⁵⁰ D. GALLOIS-COCHET, « *Dispense de rapport de gestion* » : Dr. sociétés, mars 2011, comm., n° 3, p. 49.

¹⁹⁵¹ V. également pour la SASU, l'article 59, 8° de la LME : Le I de l'article L. 232-23 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *lorsque l'associé unique, personne physique, d'une société par actions simplifiée assume personnellement la présidence de la société, il est fait exception à l'obligation de déposer le rapport de gestion qui doit toutefois être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande.* »

¹⁹⁵² D. GALLOIS-COCHET, « *Dispense de rapport de gestion* » : Dr. sociétés, comm., mars 2011, n° 3, p. 49.

¹⁹⁵³ Selon l'article 8 du décret du 19 octobre 2009, l'article L. 232-1 du code de commerce est complété par un IV ainsi rédigé : « *IV. — Sont dispensées de l'obligation d'établir un rapport de gestion les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou la présidence, et qui ne dépassent pas à la clôture d'un exercice social deux des*

Selon D. GALLOIS-COCHET, la dispense d'avoir à établir un rapport de gestion est une mesure plus réaliste que celle adoptée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME)¹⁹⁵⁵.

B. La publicité des comptes sociaux

535. Conformément à la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés de l'entreprise, la publicité des comptes joue un rôle de prévention des difficultés financières d'une entreprise et permet d'y remédier. Mais l'enjeu essentiel de la publicité des comptes se situe sur le terrain de la concurrence en ce qu'elle permet aussi de satisfaire la curiosité des concurrents. L'information comptable une fois publiée permet aux tiers de connaître la situation financière de leurs partenaires ainsi que celle de leurs concurrents¹⁹⁵⁶. La publicité prévue par la première directive n° 86/151 CEE du Conseil du 9 mars 1968 et la quatrième directive n° 78/660 CEE du Conseil du 25 juillet 1978, est motivée notamment par la protection des tiers qui doivent disposer des informations financière sur les sociétés de capitaux n'offrant comme garantie que leur patrimoine social¹⁹⁵⁷.

536. Par souci de transparence financière, le législateur a renforcé l'effectivité de l'obligation de publicité des comptes sociaux, au détriment du secret des affaires¹⁹⁵⁸. Diverses sanctions ont pris la place des anciennes infractions. Auparavant, bon nombre d'entreprises récalcitrantes préféraient en effet payer des amendes plutôt que de déposer leurs comptes. En pratique, la conciliation entre ces deux impératifs suscite un contentieux toujours récurrent. Les dirigeants invoquent le secret des affaires, mais la jurisprudence n'admet pas cette argumentation au motif que ce manquement constitue un trouble économique manifeste à l'égard des partenaires commerciaux qui, faute d'information, peuvent subir un préjudice¹⁹⁵⁹.

seuils fixés par décret en Conseil d'Etat relatifs au total de leur bilan, au montant de leur chiffre d'affaires hors taxe et au nombre moyen de leurs salariés au cours de l'exercice. »

¹⁹⁵⁴ Art. R. 232-1-1. « Pour l'application du IV de l'article L. 232-1 relatif à l'établissement du rapport de gestion, le total du bilan est fixé à 1 000 000 euro, le montant hors taxe du chiffre d'affaires à 2 000 000 euro et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice à vingt.

« Le total du bilan, le montant hors taxe du chiffre d'affaires et le nombre moyen de salariés sont déterminés conformément aux quatrième, cinquième et sixième alinéas de l'article R. 123-200. »

¹⁹⁵⁵ D. GALLOIS-COCHET, « Dispense de rapport de gestion » : Dr. sociétés, mars 2011, comm., n° 3, p. 49.

¹⁹⁵⁶ F. SALVATICO, « Publicité des comptes sociaux et limites de la transparence financière » : JCP E 2000, cah. dr. entre, n° 5, p. 18.

¹⁹⁵⁷ N. STOLOWY, « De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés » : JCP G 2006, I, n° 114, p. 351.

¹⁹⁵⁸ Diverses sanctions ont pris la place des anciennes infractions. Article 123-5-1 du Code de commerce instauré par la loi du 15 mai sur les NRE. La loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005 renforce également l'effectivité de cette obligation en instaurant l'article 611-2, II, Code de commerce

¹⁹⁵⁹

537. En réalité, cette attitude montre l'importance du secret professionnel, et le danger que peut encourir l'entreprise individuelle du fait de la mise en société. L'associé unique, pour prix de la limitation de responsabilité, doit donc dévoiler le secret des affaires¹⁹⁶⁰. Cela peut expliquer que le renforcement de l'effectivité de la publicité des comptes sociaux peut inciter un grand nombre d'entreprises individuelles à renoncer à l'adoption de la forme sociale. La question a été envisagée par le rapport MARINI qui avait observé que cette obligation est souvent méconnue par les petites sociétés ainsi que par certains groupes, notamment dans le secteur de la distribution¹⁹⁶¹.

538. La transposition de cette obligation à la société unipersonnelle peut en outre engendrer de fâcheuses conséquences. G. BARANGER, a ainsi souligné que le contenu du dépôt à opérer par l'associé unique n'est pas autre chose que l'inventaire : « outre qu'il s'agit d'une obligation qui ne concerne aucune autre société, on doute fort que l'inventaire – c'est-à-dire le relevé de tous les éléments d'actif et de passif au regard desquels sont mentionnées la quantité et la valeur de chacun d'eux à la date d'inventaire – soit effectivement déposé. D'autant qu'il y a atteinte au secret des affaires. On rappelle d'ailleurs que le droit pour l'actionnaire de prendre connaissance des documents sociaux n'emporte pas, pour l'inventaire, le droit d'en prendre copie »¹⁹⁶². Pour cet auteur, « dès lors, comme peut le conjecturer, que l'inventaire – véritable – n'est pas déposé par l'associé unique gérant, on devra considérer que les comptes n'ont pas été approuvés, avec les conséquences qui peuvent en découler, notamment en cas des procédures collective »¹⁹⁶³. Il ajoute également que « la morale est dès lors évidente pour les associés uniques gérants d'EURL et leur conseil : ne succombez pas à la prétendue simplification et continuez sagement à reporter la décision d'approbation des comptes dans le registre des décisions. Ce sera certes purement formel, mais la formalité est minime et peut éviter bien des désagréments »¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁶⁰ Cette obligation s'applique à toutes les sociétés unipersonnelle, voir S. VENDEUIL, « Dépôt au greffe des comptes sociaux : sanctions et recours possible » : JCP E 2000, p. 1506.

¹⁹⁶¹ Ph. MARINI, « La modernisation du droit des sociétés » : documentation françaises 1996, p. 105.

¹⁹⁶² G. BARANGER, « L'associé unique gérant d'EURL : ne succombez à la simplification ! » : Bull. joly 2005, p. 1298, § 288.

¹⁹⁶³ G. BARANGER, « L'associé unique gérant d'EURL : ne succombez à la simplification ! » : Bull. Joly 2005, p. 1298, § 288.

¹⁹⁶⁴ G. BARANGER, « L'associé unique gérant d'EURL : ne succombez à la simplification ! » : Bull. joly 2005, p. 1298, § 288. – Il importe également de relever que les obligations comptables de l'EURL a été établi en comptementation de l'EURL (artici L. 526-14 du Code de commerce) : B. SAINTOURENS, « Associé unique ou entrepreneur individuel : quel statut choisir pour une responsabilité limitée ? » : Petites affiches, 28 avril 2011 n° 84, p. 7. – V. également pour l'EURL, P. BILLION, « EURL et droit comptable », in EURL L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Litec 2011, coll. Droit 360°, n° 461, p. 198 : la publicité des compte de l'EURL « est susceptible d'avoir un double effet pervers dans l'hypothèse d'une excellente rentabilité : d'une part, les salariés peuvent devenir plus revendicatifs ; d'autre part, un client important, représentant la majeure partie du chiffre d'affaires de l'entreprise, deviendrait exigeant sur les tarifs pratiqués ».

539. Conclusion de la section 2 et du chapitre I. La société, il est vrai, opère une technique d'affectation patrimoniale à une activité déterminée. Toutefois, la réalisation de l'autonomie patrimoniale de la société n'est en vérité efficace que dans le cas où la société comporte une pluralité d'associés. C'est cette pluralité d'associés qui justifie une réglementation institutionnelle ayant pour but de protéger les associés face aux dirigeants. Lorsque la fonction de dirigeant est assumée par un ou plusieurs associés, c'est le contrôle mutuel des associés qui justifie, au moins un minimum garantissant le respect de l'intangibilité du patrimoine social. L'effectivité de l'autonomie patrimoniale de la société ne peut qu'être profitable aux tiers.

540. En revanche, lorsque la société est unipersonnelle, et spécialement lorsque l'associé unique assume personnellement la gérance ou la présidence, la société unipersonnelle constitue un exemple de déréglementation affaiblissant les organisations institutionnelles. Au fil du temps, le législateur a simplifié l'organisation pour l'adapter à l'unipersonnalité, mais il a laissé apparaître ce constat que l'organisation de la société unipersonnelle est beaucoup plus proche de celle des entreprises individuelles que de celle des sociétés pluripersonnelles. La technique de la société unipersonnelle est entièrement comptable, imposant la tenue de comptes réguliers, mais doublée par une obligation de publicité comme contrepartie de la limitation de responsabilité. Dans ces conditions, le contrôle de l'effectivité de la séparation des patrimoines est largement affaibli, alors surtout que l'associé unique jouit de pouvoirs quasiment absolus dans l'organisation et la gestion de l'entreprise. Autrement dit, la société unipersonnelle, limite les droits des créanciers au seul patrimoine social sans que cette limitation soit vraiment justifiée par une organisation institutionnelle efficace. En outre, sans oublier les sanctions pénales et civiles qu'un associé peut assumer en cas de non-respect de l'autonomie patrimoniale de sa société, la publicité des comptes et inventaire peut porter atteinte au secret d'affaires. Dans ce cas, il est sans intérêt pour une entreprise viable d'adopter la forme sociétaire. Du reste, il convient alors d'envisager la remise en cause de la société unipersonnelle comme technique de limitation de responsabilité.

CHAPITRE II. UNE REMISE EN CAUSE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE COMME TECHNIQUE DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

541. D'un point de vue réaliste, la limitation de responsabilité est critiquée dans la société unipersonnelle pour la simple raison qu'elle est en contradiction avec les fondements de la responsabilité limitée dans toutes les formes d'organisations, que celles-ci soient personnifiées ou non. Il ne s'agit pas de revenir sur les fondements de la limitation de responsabilité mais de dégager les conséquences concernant la société unipersonnelle et donc d'opter pour la remise en cause de la responsabilité limitée dans la société unipersonnelle. Il convient toutefois de rappeler que lorsque la société est à responsabilité limitée, certaines situations juridiques ou certaines pratiques peuvent rendre cette responsabilité limitée inefficace. Pour autant, ces situations n'ont aucune influence sur la personnalité morale, tant qu'il est admis aujourd'hui que la limitation de responsabilité n'est pas de l'essence de la personnalité morale et résulte simplement du choix de la forme d'organisation par les associés. L'étendue de l'obligation d'associé n'a finalement aucune incidence sur la reconnaissance de la personnalité morale.

Toutefois, si la responsabilité limitée est le seul intérêt attaché à cette forme d'organisation de l'entreprise individuelle, il s'en déduit que la remise en cause de cette responsabilité limitée équivaut, d'un point de vue pratique ou réaliste, à une remise en cause de sa personnalité morale. En d'autres termes, si la personnalité morale de la société unipersonnelle n'est pas fondée juridiquement et si elle s'oppose par là-même à une théorie unitaire et cohérente de la notion de personne morale, elle est aussi inapte à réaliser son objectif. Or, doctrine et pratique ont, depuis toujours, manifesté une certaine résistance à la limitation des risques dans l'entreprise individuelle¹⁹⁶⁵.

Pour déterminer l'incidence de l'unicité sur la limitation de responsabilité, il convient d'étudier l'incidence du régime de dissolution sur la limitation de responsabilité dans la société unipersonnelle (section 1), avant de constater le divorce entre le fait et le droit ayant pour objectif de donner la faveur de la limitation de responsabilité à l'entrepreneur individuel (section 2).

¹⁹⁶⁵ G. LEGARDE, « *La limitation de la responsabilité dans les entreprises commerciales et les moyens de parer à ses danger* », Rapport français, travaux de l'association H. CAPITANT, t. 9. 1957, p. 96.

Section 1. L'incidence du régime de dissolution sur la limitation de responsabilité dans la société unipersonnelle

542. Il est acquis que, dans les sociétés à responsabilité limitée, le gage des créanciers sociaux est constitué exclusivement par le patrimoine social. Ainsi, dans ces sociétés, la liquidation a pour but de conserver leur gage sur le patrimoine social en leur évitant le concours des créanciers personnels des associés. Cette solution devrait s'appliquer *a priori* en matière de sociétés unipersonnelles, puisque cette forme est conçue essentiellement comme technique de limitation de responsabilité, et c'est là tout l'intérêt de cette forme sociale. La loi de 1985 n'avait par conséquent prévu aucune dérogation sur ce point. Pourtant, l'application du régime de la liquidation à la société unipersonnelle n'est pas dépourvue d'inconvénients. C'est la raison pour laquelle, directement inspirée de la proposition n° 54 de la Commission BADINTER¹⁹⁶⁶ et dans un souci de simplification du droit des sociétés, la loi du 5 janvier 1988 a substitué à la liquidation la transmission universelle de patrimoine. La loi a voulu éviter à l'associé unique les tracasseries de la liquidation¹⁹⁶⁷. L'objectif était de lui épargner la procédure lourde et coûteuse de la liquidation, que du reste la pratique avait déjà commencé à contourner en procédant simultanément aux deux opérations en cas de dissolution volontaire. La solution retenue est donc celle d'une dissolution sans liquidation emportant transmission immédiate du patrimoine à l'associé unique¹⁹⁶⁸. Mais, convaincu que cette disposition ne pouvait qu'être favorable à l'associé unique qu'il a entendu favoriser, le législateur n'a songé qu'à protéger les créanciers sociaux, perdant totalement de vue les risques, pourtant réels, pesant sur l'associé lui-même¹⁹⁶⁹.

La jurisprudence avait cependant opté pour une interprétation stricte du texte en rendant obligatoire la transmission universelle du patrimoine. Dans un arrêt du 14 novembre 1996, la Cour d'appel de Douai avait décidé qu'« Avec l'article 1844-5, alinéa 3, la loi a créé, pour les sociétés unipersonnelles, une exception à la règle de la liquidation de la société dissoute. Celles-ci n'ont pas le choix entre une dissolution suivie de liquidation ou une dissolution entraînant la transmission universelle du patrimoine social à l'associé unique »¹⁹⁷⁰. Cette décision a provoqué la critique de la doctrine car elle était contraire

¹⁹⁶⁶ JCP E 1987, I, 16238.

¹⁹⁶⁷ P. LE CANNU et B. DONDERO, « Droit des sociétés », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 600, p. 397.

¹⁹⁶⁸ Ph. HOONAKKER, « L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ? » : JCP E 2000, n° 24, p. 933.

¹⁹⁶⁹ Ph. HOONAKKER, « L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ? » : JCP E 2000, n° 24, p. 933.

¹⁹⁷⁰ CA Douai, 14 novembre 1996 : D. 1997. 312, note F. PROAL ; D. 1997, somm., p. 228, obs. J.-C. HALLOUIN ; JCP G 1997, II, p. 925, 22785, note J.-J. DAIGRE ; JCP E 1997, I, 639, n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Petites affiches 28 mars 1997, note F. PROAL. – Rev. proc. coll., 1998, p. 399, obs. B. SOINNE.

à la philosophie et à l'essence même de la société unipersonnelle¹⁹⁷¹. Cette solution, surtout, témoigne implicitement mais nécessairement de la fiction juridique constituée par la société unipersonnelle. Le patrimoine qui a été affecté fictivement à la société revient à l'associé, ce qui démontre que l'écran de la personnalité morale ne survit pas à la dissolution. Il est vrai que cette solution a l'avantage de la simplicité et du bon sens, mais la transmission universelle du patrimoine prive l'associé unique de la limitation de responsabilité précisément au moment où cette dernière présente tout son intérêt.

543. Aussi, l'évolution législative et jurisprudentielle, s'est-elle orientée progressivement vers l'application du régime de la liquidation. La loi NRE du 15 mai 2001 a écarté la transmission universelle du patrimoine lorsque l'associé unique est une personne physique. De même, on a pu se demander si l'application de l'article 1844-5, alinéa 3 devait conduire à étendre la procédure collective à l'associé unique indépendamment de toute fonction de gérance ou de tout agissement fautif¹⁹⁷², mais cette solution est actuellement écartée en jurisprudence¹⁹⁷³.

La transmission universelle du patrimoine demeure donc applicable en cas de dissolution volontaire de la société unipersonnelle, lorsque l'associé unique est une personne morale. Cette solution s'applique sans qu'il y ait à distinguer selon que la société est ou non admise à être unipersonnelle *ab initio*¹⁹⁷⁴. L'article 1844-5 ne contient certes aucune indication précise quant aux sociétés et quant aux cas de dissolutions concernés, mais la doctrine majoritaire admet que l'alinéa 3 de l'article 1844-5 s'applique à toutes les sociétés unipersonnelles de droit ou de fait.

Cependant, dès lors que, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'un emprunt technique, des difficultés d'application demeurent. Dans les deux cas, l'incompatibilité de l'unicité d'associé avec la forme d'organisation limitative de responsabilité se manifeste à travers l'incohérence de solutions législatives non véritablement justifiables sur le plan juridique. Ainsi, une doctrine avisée n'a pas manqué de signaler une telle anomalie¹⁹⁷⁵ : d'une part, pourquoi y-a-t-il une

¹⁹⁷¹

¹⁹⁷² Ph. HOONAKKER, « L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ? » : JCP E 2000, n° 24, p. 933.

¹⁹⁷³ Trib. com. 6 janvier 1998 : Dr. sociétés 2000, comm., n° 10, obs. Y. CHAPUT. – TGI Annecy, 7 juillet 1998 : Bull. joly 1999, § 233, p. 933, obs. F.-X. LUCAS ; RJDA 1999, n° 559. – TGI Metz, 6 octobre 1999, M^e NODÉE c/M^{me} Ruppel, inédit.

¹⁹⁷⁴ V. cependant, Rép. min. n° 45025 : JOAN Q, 27 janvier 1997, 413, cette réponse ministérielle estime toutefois que les règles de la liquidation propre aux coopératives écarte cette solution pour une coopérative qui n'aurait plus qu'un seul associé.

¹⁹⁷⁵ Sur cette question V. notamment : B. ROLLAND, « Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine » : JCP E 2000, p. 406. – même auteur, « Les difficultés dues à la liquidation judiciaires des sociétés unipersonnelles » : JCP E 2000, n° 11, p. 451. – M. GERMAIN, « Le droit commun des sociétés après la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises » : JCP E 1988, I, 15161, et JCP G 1988, I, 3341 – O. BARRET, « À propos de la transmission

différence quant au régime de la dissolution selon la qualité de l'associé unique ? D'autre part, pour quelle raison traite-t-on un associé insolvable de manière plus favorable qu'un associé solvable ? La solution choisie par le législateur est donc de dédoubler le régime de la dissolution des sociétés unipersonnelles¹⁹⁷⁶ sans qu'une justification juridique puisse être avancée. Pour la clarté de l'exposé, nous distinguerons, au sein des régimes de dissolution applicables aux sociétés unipersonnelles, entre celui qui régit la dissolution d'une société dont l'associé unique est une personne physique (§ 1) et celui qui s'applique à une société dont l'associé unique est une personne morale (§ 2).

§1. Le régime de la dissolution d'une société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne physique

544. Lorsque l'associé unique est une personne physique, c'est le régime de la liquidation qui s'applique. Nous apporterons quelques précisions sur le régime juridique de la liquidation (A) avant d'envisager l'incidence de l'unicité d'associé sur ce régime (B).

A. Le régime juridique de la liquidation

545. Certes, dans les sociétés unipersonnelles, le régime de la liquidation impose certaines adaptations. Il en est ainsi, de manière générale, lorsque la loi requiert des conditions de quorum et de majorité. La décision de dissolution doit ainsi être prise personnellement par l'associé unique qui ne peut déléguer à un tiers son pouvoir de dissolution, sous peine de voir celle-ci annulée à la demande de tout intéressé. Mais, pour l'essentiel, les règles classiques de la liquidation trouvent à s'appliquer : responsabilité du liquidateur, affectation de l'actif social au paiement des dettes sociales, établissement et dépôt au greffe des comptes de liquidation, prescription quinquennale. Concernant le liquidateur, le principe formulé à l'article 5

universelle du patrimoine d'une société » : Mélanges M. JEANTIN, p. 110. – D. VIDAL, « *La transmission universelle du patrimoine d'une EURL à l'associé unique en cas de dissolution* » : Dr. sociétés, Repères, n° 2, février 1999. – S. VENDEUIL, « *Conséquences juridiques de la dissolution des sociétés unipersonnelles* » : l'actualité fiduciaire 1989, p. 37. – C. SÉOUD, « *Sociétés unipersonnelles : la dissolution à l'épreuve de la transmission universelle du patrimoine* » : les affiches moniteur, août 1997, n° 66-67, p. 5. – Ph. HOONAKKER, « *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?* » : JCP E 2000, n° 24, p. 933. – J. HONORAT, Defrénois 1981. 1345. – Rép. min. Justice n° 45025 : JOAN Q, 27 janvier 1997, p. 413. – E. BRAMAT, « *Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'art. 1844-5 du Code civil par la loi NRE* » : Bull. joly 2002, p. 181, § 41. – A. BOUILLOUX, « *La survie de la personnalité morale pour les besoins de liquidation* » : Rev. sociétés 1994, p. 393. – S. PLANTIN, JCP E 2002, 457. – Sur l'obligation de la caution garantissant une société unipersonnelle dissoute : Cass. com., 19 novembre 2002 : Dr. sociétés, 2003, n° 61, obs. F.-G. TRÉBULLE. – CA Paris, 3 novembre 1995 : Rev.S 1996, 121, obs. Y. GUYON, pour une procédure devant la Conseil de concurrence

¹⁹⁷⁶ E. BRAMAT, « *Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'article 1844-5 du Code civil par la loi NRE* » : Bull. joly 2002, § 41, p. 181.

du décret du 23 mars 1967, devenu l'article R. 210-4 du Code de commerce, est que « l'associé unique est liquidateur de la société, à moins qu'il ne désigne une autre personne pour exercer cette fonction ». Quelques problèmes peuvent cependant se poser lorsque l'associé unique est lui-même liquidateur. Ainsi, selon certains auteurs, il y lieu d'écarter dans ce cas l'article L. 237-7 du Code de commerce, qui interdit la cession de tout ou partie de l'actif de la société en liquidation au liquidateur ou à ses proches, sous peine de sanction pénale (art. L. 247-8 2° du Code de commerce). Pourtant, en l'absence d'une disposition expresse, il paraît être souhaitable que la cession soit au moins soumise à l'autorisation du tribunal.

En outre, alors qu'aucun partage n'aura lieu, les opérations de transfert sont compliquées par la nécessité de tenir compte du régime propre à chacun des éléments composant l'actif et le passif du patrimoine de la société¹⁹⁷⁷.

B. L'incidence de l'unicité d'associé sur le régime de liquidation

546. Nous traiterons du régime de la liquidation des sociétés *in bonis* (1°) avant de nous intéresser au régime de liquidation en cas de procédure collective (2°).

1° Le régime de liquidation des sociétés *in bonis*

547. L'article 103 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001¹⁹⁷⁸, modifiant l'article 1844-5 du Code civil, a ajouté un quatrième alinéa qui dispose désormais que « les dispositions du troisième alinéa ne sont pas applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique ».

Lorsque l'associé est une personne physique, quelle que soit la forme de la société unipersonnelle (EURL, SASU, SELARL unipersonnelle, EUSRL), la société est soumise au régime juridique de liquidation, dès l'instant du prononcé de la dissolution. L'article L. 237-2 du Code de commerce, qui prévoit la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, s'applique quelle que soit la cause de la liquidation. La formalité de publicité doit être accomplie.

548. Dans une société pluripersonnelle, la liquidation a un double objectif : d'une part, dans les rapports entre associés, le partage, puisque la société est par hypothèse *in bonis* ; d'autre part, à l'égard des créanciers sociaux, la conservation de leur gage sur le patrimoine social. Lorsque la société n'a qu'une seule personne, en revanche, la liquidation n'a pour objectif que la conservation du gage des créanciers sociaux. En effet, sous la pression des critiques doctrinales qui soulignaient l'inadaptation de la transmission universelle de patrimoine à la limitation de la responsabilité, le législateur a modifié l'article 1844-5 en écartant la transmission

¹⁹⁷⁷ E. BRAMAT, « Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'art. 1844-5 du Code civil » : Bull. joly 2002, § 41, p. 181.

¹⁹⁷⁸ JO, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776 ; Bull. joly, 2001, p. 643, § 163.

universelle du patrimoine. Toutefois, cette modification n'apparaît plus aujourd'hui nécessaire, dès lors que la jurisprudence admet qu'en cas d'insuffisance d'actif les règles des procédures collectives sont applicables, de sorte que la liquidation n'a pas d'intérêt en cas de procédure collective. Plus précisément, l'alinéa 4 l'article 1844-5 du Code civil ne vise, en réalité, que la dissolution volontaire. Dans ce cas, l'associé unique ne peut pas bénéficier de la dissolution simplifiée et la modification législative ne peut pas être considérée comme jouant en sa faveur. En effet, en cas de dissolution volontaire, la société est par hypothèse *in bonis*. Pourquoi imposer alors à l'associé unique une procédure longue et coûteuse, sous prétexte de conserver le bénéfice de la limitation de responsabilité alors qu'il n'en a pas besoin ?

549. En définitive, la solution apportée n'est porteuse que d'inconvénients pour l'associé unique. Du point de vue de l'opportunité de la modification apportée, cette solution fait l'objet de critiques au regard du maintien de la jurisprudence qui décide que les dispositions de l'article 1844-5 sont d'ordre public. La solution semble donc superflue en cas de dissolution volontaire d'une société unipersonnelle *in bonis*¹⁹⁷⁹, surtout que des frais supplémentaires sont en outre à prévoir, s'il est besoin, pour une raison ou une autre, de désigner un administrateur judiciaire. Alors que le législateur a, par la loi de 1988, refusé consciemment ou inconsciemment de tirer les conséquences juridiques de l'existence de la personnalité morale, il refuse de la même manière, par la loi du 15 mai 2001, de tirer les conséquences juridiques de l'unicité d'associé. Le législateur est donc peu cohérent : alors qu'il a voulu favoriser l'associé unique, il le soumet à un régime de dissolution lourd et coûteux¹⁹⁸⁰.

Cette modification est en réalité favorable aux créanciers sociaux puisque le texte issu de la loi du 15 mai 2001 leur évite le concours des créanciers personnels. Les créanciers sociaux évitent la procédure simplifiée de dissolution et bénéficient d'un régime de dissolution plus protecteur que celui instauré en cas de la transmission universelle du patrimoine. Les créanciers sociaux peuvent ensuite poursuivre la société un an après sa radiation du RCS, ce qui n'est pas admis en matière de transmission universelle du patrimoine¹⁹⁸¹.

2° Le régime de liquidation en cas de procédure collective

550. En cas de procédure collective, comment justifier le recours à la liquidation ? En effet, la question qui se pose juridiquement, est de savoir à partir de

¹⁹⁷⁹ E. BRAMAT, « Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'art. 1844-5 du Code civil » : Bull. joly 2002, § 41, p. 181.

¹⁹⁸⁰ E. BRAMAT, « Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'art. 1844-5 du Code civil » : Bull. joly 2002, § 41, p. 181 : « pour les personnes physiques, les opérations de liquidation peuvent entraîner un surcoût inutile, en particulier lorsqu'il s'avère que les éléments d'actifs seront suffisants pour payer les dettes sociales ».

¹⁹⁸¹ Avec la possibilité d'étendre la procédure à l'associé

quel fondement juridique la portée de la solution doit être interprétée. On doit, d'abord, écarter tout raisonnement économique consistant à dire que la solution est favorable ou non aux créanciers sociaux. Tout est fonction des circonstances. Tout dépend, en réalité, de la solvabilité de l'entreprise et de celle du patrimoine personnel. Il est indifférent que la liquidation soit favorable¹⁹⁸² ou défavorable¹⁹⁸³ aux créanciers sociaux, comme il est indifférent que la transmission universelle du patrimoine leur soit favorable. Les mêmes hypothèses existent pour les créanciers personnels. Bien que certaines hypothèses puissent être statistiquement rares, en fait, toutes les possibilités existent.

Un raisonnement juridique doit trouver son fondement ailleurs. La liquidation a, en droit, pour objectif à la fois de conserver le droit des créanciers sociaux sur le patrimoine social en leur donnant l'exclusivité d'être payés sur les biens de la société et de cantonner leur droit sur ces biens puisqu'ils n'ont un droit de gage général que sur ceux-ci. Le raisonnement juridique doit donc être envisagé à partir des conséquences juridiques attachées à l'institution ainsi créée. Plus clairement, si le législateur entend tirer les conséquences de la limitation de responsabilité attachée à la société unipersonnelle, la liquidation est la seule voie juridiquement valable¹⁹⁸⁴. En matière de transmission universelle du patrimoine, il existe des procédures d'opposition, mais les créanciers peuvent poursuivre l'associé unique sur ses biens personnels, puisqu'à l'expiration de délai d'opposition les deux patrimoines sont confondus sans novation.

Le cantonnement du droit des créanciers sociaux au patrimoine de la société a essentiellement un motif purement juridique. Ceux-ci n'ont un droit de gage général que sur le patrimoine social, c'est-à-dire sur le patrimoine de leur débiteur, et ils sont

¹⁹⁸² Puisque l'entreprise est insolvable

¹⁹⁸³ Puisque il peut relever que le patrimoine personnel peut être englouti des dettes plus importantes, ce qui réduit leur chance d'être payés en rentrant en concours avec les créanciers personnels.

¹⁹⁸⁴ V. cependant, E. BRAMAT, « Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles à près la modification de l'art. 1844-5 du Code civil » : Bull. july 2002, § 41, p. 181 : la procédure de liquidation paraît donc lourde et coûteuse. Elle semble absolument superflue en cas de dissolution volontaire d'une société unipersonnelle *in bonis*. Dans cette hypothèse où le règlement des créanciers n'est pas menacé et où la transmission universelle du patrimoine ne fait courir aucun risque de succession aux dettes à l'associé, il eût été préférable de laisser à ce dernier la possibilité d'opter pour une transmission universelle. Puisque le législateur aspirait avant tout à protéger l'associé unique lorsqu'il est une personne physique, il aurait dû éviter de passer ainsi d'un extrême à l'autre ; pour cette auteur, « plutôt qu'une limitation du domaine de la transmission universelle à l'associé unique personne morale, une limitation aux sociétés *in bonis* ou plus simplement à la dissolution volontaire eût sans doute été plus efficace » ; pourtant, comment savoir si la société est *in bonis* ou non s'il n'y a pas liquidation.

les seuls créanciers de ce débiteur. Dans ce cas, le maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation s'impose¹⁹⁸⁵.

551. En définitive, si le régime de liquidation se justifie en cas de procédure collective puisque le législateur tire les conséquences attachées à cette forme d'organisation, cette solution n'est porteuse que d'inconvénients en cas de dissolution volontaire. C'est la raison pour laquelle il serait sans doute préférable que le législateur applique la transmission universelle du patrimoine en cas de dissolution volontaire, ou au moins offre ce choix à l'associé unique.

§2. Le régime de la dissolution d'une société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne morale

552. Lorsque l'associé unique est une personne morale, la dissolution simplifiée entraînant transmission universelle du patrimoine s'applique en cas non seulement de dissolution volontaire mais aussi de dissolution judiciaire fondée sur la non-régularisation du fait de la réunion de toutes les parts dans les mains d'une seule personne. La création d'une société unipersonnelle à risque limité demeure donc, pour la personne morale associée, une fausse promesse.

Dans ce cas, la personnalité morale disparaît immédiatement, contrairement au droit commun qui prévoit le maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation (article 391 de la loi du 24 juillet 1966, devenu article L. 237-2 du Code de commerce, qui dispose que la société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution). Cette règle, qui aboutit à faire de l'associé unique « *un ayant cause à titre universel de la société* », est d'ordre public : l'associé unique n'a pas le choix entre une dissolution suivie de liquidation et une dissolution entraînant transmission universelle du patrimoine social à l'associé unique. Cette situation a l'avantage, pour l'associé unique, d'alléger sur le plan de la procédure comme sur le plan fiscal les conséquences d'une dissolution avec liquidation. S'agissant des créanciers sociaux, ils disposent d'un droit d'opposition (C. civ., art. 1844-5, al. 3), qui leur permet d'éviter d'entrer en concours avec les créanciers personnels.

553. La transposition entraîne ainsi un bouleversement des règles de l'organisation : la requalification s'impose, tant la nature juridique de l'acte affecte l'organisation de manière grave et incompatible avec sa structure d'origine¹⁹⁸⁶. L'unicité d'associé interdit que l'on puisse transposer à la société unipersonnelle le régime de dissolution applicable à la société pluripersonnelle. Il ne paraît pas que la

¹⁹⁸⁵ E. BORONAD-LESOIN, « *La survie de la personnalité morale dissoute* » : RTD com., 2003, p. 1. – A. BOUILLOUX, « *La survie de la personnalité morale pour les besoins de liquidation* » : Rev. sociétés 1994, p. 393.

¹⁹⁸⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., p. 324.

différence entre les deux régimes se situe uniquement sur le plan de l'organisation. La différence se situe sur le plan de la nature juridique de l'institution.

L'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil, issu de la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988, prévoit que « *en cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y a lieu à liquidation. Les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans le délai de trente jours à compter de la publication de celle-ci. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. La transmission du patrimoine n'est réalisée et il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées* ».

Selon la jurisprudence, on l'a vu, « *Avec l'article 1844-5, al. 3, la loi a créé, pour les sociétés unipersonnelles, une exception à la règle de la liquidation de la société dissoute. Celles-ci n'ont pas le choix entre une dissolution suivie de liquidation ou une dissolution entraînant la transmission universelle du patrimoine social à l'associé unique* »¹⁹⁸⁷. Cette solution paraît viser le cas de dissolution volontaire de la société par l'associé unique en application du droit commun de la dissolution. Pourtant, cette solution est contestable.

La transmission universelle du patrimoine engendre des conséquences juridiques tant à l'égard de l'associé unique qu'à l'égard de la société¹⁹⁸⁸. Il convient alors d'éclaircir le régime juridique de la dissolution par transmission universelle de patrimoine (A) avant d'en préciser l'incidence sur la protection des droits des tiers en relevant spécialement les dérives de la simplification (B).

A. Le régime juridique de la transmission universelle du patrimoine

554. La transmission universelle du patrimoine est un héritage de la prohibition des patrimoines d'affectation en droit français. Lié en théorie à la dissolution sans liquidation, le principe de la transmission universelle du patrimoine a été emprunté par le droit des sociétés au droit successoral¹⁹⁸⁹. De même que les

¹⁹⁸⁷ CA Douai, 14 novembre 1996 : D. 1997, p. 312, note PROAL; Petites affiches 28 mars 1997, note F. PROAL ; D. 1997, somm., p. 228, obs. J.-C. HALLOUIN; JCP G 1997, II, 925, 22785, note J.-J. DAIGRE; JCP E 1997, II, 639, n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

¹⁹⁸⁸ A l'égard de la société, qui par ce mécanisme, ainsi privée de son patrimoine, perd simultanément toute existence juridique et se voit donc privée de sa personnalité morale ; elle devra en conséquence être radiée du RCS dans le délai d'un mois (Ph. HOONAKKER, « *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?* » : JCPE 2000, n° 24, p. 933). En vertu de l'article 1844-5 al. 3, la transmission universelle du patrimoine de la société unipersonnelle à l'associé unique et la disparition de la personnalité morale de sa société s'opèrent simultanément puisque la dissolution a eu lieu sans liquidation.

¹⁹⁸⁹ M. JEANTIN, « *La transmission universelle du patrimoine d'une société* » : Mélanges J. DERRUPPÉ, Joly-Litec, 1991, p. 287.

héritiers, continuateurs de la personne du défunt, reçoivent l'intégralité de son patrimoine, la société bénéficiaire d'une fusion ou d'une scission continue la personne de la société dissoute sans qu'il y ait lieu de procéder à un règlement préalable du passif¹⁹⁹⁰. A ce titre, une telle transmission devrait être maintenue, puisque le droit est par essence conservateur¹⁹⁹¹. Cette solution a au surplus l'avantage de la simplicité, notamment dans le cadre des groupes¹⁹⁹².

555. En l'absence de liquidation et en raison du caractère universel de la transmission, le patrimoine social va venir se fondre dans celui de l'associé unique sans novation. Le régime est relativement simple et s'apparente à celui de la fusion : les biens de l'associé unique et ceux de la société ne forment plus désormais qu'une masse unique. La transmission du patrimoine social se réalise sans aucune formalité hormis celle nécessaire à la publicité de la dissolution. Substitué activement et passivement à la société dissoute, l'associé unique est tenu de désintéresser les créanciers, en sa qualité d'ayant cause à titre universel, s'ils ont une créance certaine, née antérieurement à la décision de dissolution¹⁹⁹³.

556. Les règles spécifiques de transfert de certains biens doivent certainement être semblables à celles prévues lors de la fusion de la société¹⁹⁹⁴. Comme en matière de fusion, la situation n'est pas nettement fixée et varie selon la nature du bien ou du droit transmis. Les solutions sont transposées en matière de dissolution sans liquidation d'une société unipersonnelle. L'associé bénéficie d'une transmission simplifiée des créances de la société dissoute. Les créances de la société sont transmises sans qu'il y ait lieu de respecter les formalités de signification prescrites à l'article 1690 du Code civil. La publicité de la dissolution au registre du commerce et dans le BODACC suffit en effet à rendre le transfert des créances opposable aux tiers, et notamment au débiteur cédé¹⁹⁹⁵. L'associé unique n'est pas tenu de respecter les règles propres à la cession du fonds de commerce. Ici encore, les solutions dégagées par la jurisprudence à l'occasion de la fusion doivent être transposées par l'identité de motif. En revanche, pour les immeubles et les droits réels immobiliers, la mutation est assujettie aux formalités de publicité foncière en vue de son opposabilité aux tiers.

¹⁹⁹⁰ M. JEANTIN, « *La transmission universelle du patrimoine d'une société* » : Mélanges J. DERRUPPE, Joly-Litec, 1991, p. 287.

¹⁹⁹¹ B. ROLLAND, « *Les difficultés dues à la liquidation judiciaires des sociétés unipersonnelles* » : JCP E 2000, n° 11, p. 451.

¹⁹⁹² B. CAILLAUD et A. BONNASSE, « *Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes* » : JCP E 1998, p. 595. – S. PLANTIN, « *Méthode simplifiées pour réduire les structure juridiques d'un groupe* » : JCP E 1998, p. 21.

¹⁹⁹³ CA Versailles, 11 février 1993 : Dr. sociétés 1993, n° 136, obs. Th. BONNEAU ; RTD com., 1993, p. 665, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

¹⁹⁹⁴ M. GERMAIN, « *Le droit commun des sociétés après la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises* » : JCP E 1988, I, 15161, et JCP G 1988, I, 3341

¹⁹⁹⁵ CA Versailles, 12 février 1998 : RJDA, 1998/6, n° 723. La solution découle de la nature de la transmission et s'applique également en matière de fusion.

557. Il est difficile de porter un jugement sur la portée de cette simplification. A l'égard de l'associé unique, la transmission universelle du patrimoine lui est certainement défavorable puisqu'il perd la limitation de responsabilité. Par le jeu de la transmission universelle du patrimoine, l'associé unique sera appelé à payer les créanciers sociaux y compris sur ses propres deniers personnels puisque les deux patrimoines sont désormais confondus. En conséquence, la responsabilité de l'associé unique est indéfinie¹⁹⁹⁶. Donc, l'associé unique recueille automatiquement l'actif de la société dissoute, mais aussi tout son passif, tant présent que futur, et ne pourra, en aucun cas, limiter la poursuite des créanciers sociaux à l'actif recueilli. Plus clairement, désormais le patrimoine de la société dissoute se fond dans celui de l'associé unique avec lequel il ne forme plus qu'un patrimoine¹⁹⁹⁷. Dans cette optique, la protection que la société unipersonnelle offre à l'associé unique tombe au moment même où elle présenterait effectivement un intérêt¹⁹⁹⁸. En d'autres termes, du seul fait de l'ouverture de procédure collective, l'associé unique répond automatiquement du passif de la société¹⁹⁹⁹.

558. A l'égard des créanciers, ceux-ci sont, s'ils ont une créance certaine, née antérieurement à la décision de dissolution²⁰⁰⁰, protégés par la faculté de faire opposition dans le délai de trente jours à compter de la publication de la dissolution.

L'opposition peut déboucher soit sur un remboursement des créances soit sur une constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. En réalité, alors que l'article 1844-5, alinéa 3 dit curieusement que les garanties sont

¹⁹⁹⁶ B. ROLLAND, « *Les difficultés dues à la liquidation judiciaires des sociétés unipersonnelles* » : JCP E 2000, n° 11, p. 451. – Ph. HOONAKKER, « *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?* » : JCP E 2000, n° 24, p. 933 : Il faut rappeler que les conséquences néfastes de l'application de l'article 1844-5 al. 3, se produit dans le cas où le passif est supérieur à l'actif. Dans ce cas, la société se trouve normalement en état de cessation des paiements et devrait, avant toute dissolution, solliciter l'ouverture d'une procédure collective.

¹⁹⁹⁷ Ph. HOONAKKER, « *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?* » : JCP E 2000, n° 24, p. 933.

¹⁹⁹⁸ F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, « *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises* » Dalloz, 3^e éd. 1991, note n° 2600.

¹⁹⁹⁹ Pour échapper à cette responsabilité indéfinie de l'associé unique certains auteurs n'ont pas manqué de conseiller à l'associé unique d'une société unipersonnelle menacer d'une procédure collective, de céder une partie de ses droit sociaux afin de rendre sa société pluripersonnelle : J.-C. HALLOUIN, obs. sous Douai 14 novembre 1996 : D. 1997, somm., p. 228, préc. – F. MASQUELIER et N.-S. DE KERGUNIC, « *Société par actions simplifiée* », Delmas, 2000, n° 1822. – D. VIDAL, « *La transmission universelle du patrimoine d'une EURL à l'associé unique en cas de dissolution* » : Dr. sociétés, Repères, n° 2, février 1999. – B. ROLLAND, « *Les difficultés dues à la liquidation judiciaires des sociétés unipersonnelles* » : JCP E 2000, n° 11, p. 451. – Solution critiqué par d'autres : Ph. HOONAKKER, « *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?* » : JCP E 2000, n° 24, p. 933. – J.-J. DAIGRE, « *Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : JCP G 1986, I, 3225.

²⁰⁰⁰ CA Versailles, 11 février 1993 : Dr. sociétés 1993, n° 136, obs. Th. BONNEAU; RTD com., 1993, p. 665, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

constituées par la société, le patrimoine de la société doit être entièrement transféré et la garantie se transmet passivement à l'associé unique²⁰⁰¹.

559. Une divergence demeure en doctrine sur les créanciers visés par ce texte. Alors que pour certains, l'article 1844-5, alinéa 3 vise à la fois les créanciers personnels de l'associé unique et les créanciers de la société dissoute, pour d'autres, le texte ne vise que les créanciers de la société dissoute.

560. Concernant le moment de la disparition de la personnalité morale, l'article distingue entre trois hypothèses : soit à l'issue du délai d'opposition, et peu importe alors la date de radiation de la société unipersonnelle dissoute ; soit, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ; soit, enfin, lorsque le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées.

Selon M. LE CANNU, « *il est inutile de dire combien il est mal commode pour les tiers de déterminer qui est leur débiteur à tel moment. Or la jurisprudence semble hésiter à appliquer toutes les conséquences de la transmission universelle de patrimoine, et tend à confondre ce mode de dissolution avec une fusion* »²⁰⁰². De même, la simplification aboutit à certaines dérives concernant la nature juridique de la transmission universelle du patrimoine consécutive à la dissolution d'une société unipersonnelle et concernant les créanciers sociaux.

B. Les dérives de la simplification du régime juridique de la transmission universelle du patrimoine

561. La nature juridique de la transmission universelle du patrimoine en cas de dissolution de la société unipersonnelle a soulevé une certaine divergence doctrinale en raison de la proximité existant entre ses effets et ceux de la fusion par absorption. D'une part, dans les deux cas, la dissolution de la société s'opère sans liquidation et conduit à la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à la société bénéficiaire. D'autre part, une certaine ressemblance existe entre les deux institutions en droit fiscal depuis la loi de finance pour 2002²⁰⁰³. Depuis cette date, les régimes fiscaux de la dissolution par confusion des patrimoines et de la fusion sont désormais identiques, et la définition de la notion de fusion, donnée par le nouvel article 210-0 A du Code général des impôts, est élargie afin d'englober la

²⁰⁰¹ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 600, p. 397 et s.

²⁰⁰² P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* », Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 600, p. 398. – V. également : CA Paris, 16^e ch., sect. A, 24 juin 1997 : Bull. joly 1997, § 384, p. 1069, note crit. M.-L. COQUELET ; CA Lyon, 3^e ch., 13 septembre 1996 : Bull. joly 1996, § 372, note M.-L. COQUELET.

²⁰⁰³ Avant cette date, l'administration fiscale refusait de faire bénéficier la transmission de patrimoine consécutive à la dissolution sans liquidation d'une société unipersonnelle du régime fiscal de faveur propre aux fusions et scissions au motif qu'elle ne constitue pas une fusion. Ce refus était essentiellement motivé par l'objectif liquidatif attribué par l'article 1844-5 du Code civil à la transmission universelle en cas de dissolution pour réunion des parts social en une seule main : Rép. min. à M. LAURIOL, n° 17533 : Bull. joly 1992, § 70, p. 224.

transmission universelle de patrimoine organisée par l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil²⁰⁰⁴.

Cette assimilation fiscale a conduit certains auteurs à soutenir que la dissolution d'une filiale à 100% est une fusion²⁰⁰⁵. De même, le CNCC, fort de cette nouvelle assimilation, avait formulé plusieurs propositions à l'attention du ministère de la justice, en suggérant notamment de créer, pour la dissolution par confusion des patrimoines de l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil, un formalisme équivalent à celui actuellement prévu pour les opérations de fusion. Pourtant, la proposition du CNCC a reçu une réponse négative²⁰⁰⁶. La Chancellerie manifeste son refus de prendre en considération l'utilisation faite par la pratique de l'article 1844-5, alinéa 3, comme technique d'absorption d'une filiale détenue à 100%, afin d'en modifier les principes juridiques directeurs²⁰⁰⁷. Cet air de famille ne suffit pas pour conclure à la gémellité de leur nature juridique, et par conséquent à une identité complète de leur régime. La dissolution sans liquidation ne constitue pas une nouvelle forme de fusion²⁰⁰⁸. Pour la Chancellerie, cette assimilation est propre au droit fiscal²⁰⁰⁹ et elle est dès lors d'interprétation stricte²⁰¹⁰. Pour la Chancellerie, la non-assimilation des deux régimes juridiques est motivée et fondée sur le but poursuivi par le législateur lors de l'introduction de l'article 1844-5, alinéa 3 qui est d'éviter une procédure de liquidation inutile du fait de la concentration du capital entre les mains de l'associé unique. Autrement dit, la fusion permet la restructuration alors que la transmission universelle consécutive à la dissolution d'une société unipersonnelle "évite toute liquidation"²⁰¹¹.

²⁰⁰⁴ Instruction DGI, 4 I-1-03 : BOI n° 118, 7 juillet 2003, supra 966, § 207.

²⁰⁰⁵ J.-J. DAIGRE, « La dissolution d'un filial à 100% est une fusion, à propos de l'article 1844-5, alinéa 3 du Code civil » : JCP G 1993, I, n° 3638, Voir également, Dr. sociétés, actes pratiques, 1992/1.

²⁰⁰⁶ « Il résulte de ce texte (article 1844-5) que l'associé unique recueille l'intégralité du patrimoine social et la personne morale disparaît. Ainsi, cette fusion par confusion de patrimoine présente les mêmes caractères que l'opération de fusion-absorption de l'article L. 236-1 du Code de commerce sans pouvoir pour autant, bénéficier du même régime juridique ».

²⁰⁰⁷ M.-L. COQUELET, « Les ressemblances sont souvent trompeuses : la transmission universelle pour cause de réunion des parts sociales n'est pas une fusion ! » : Bull. joly 2003, § 211, p. 969 : V. aussi la lettre de la Chancellerie du 10 avril 2003 à la Compagnie des commissaires aux comptes, Ibid., p. 971.

²⁰⁰⁸ M.-L. COQUELET, « Les ressemblances sont souvent trompeuses : la transmission universelle pour cause de réunion des parts sociales n'est pas une fusion ! » : Bull. joly 2003, § 211, p. 969.

²⁰⁰⁹ « La transmission universelle de patrimoine régie par l'article 1844-5 du Code civil bénéficie du régime de faveur (art. 210 A à 210 C du Code général des impôts) qui octroie : pour la société dissoute, une exonération des plus-values nettes, et, pour la société bénéficiaire, un étalement ou un sursis d'imposition des apports »

²⁰¹⁰ : « Le législateur a souhaité à ce régime les dispositions d'un régime fiscal de faveur ; il n'y a, toutefois pas lieu d'en complexifier le fonctionnement par une transposition des exigences de la législation fiscale aux principes juridique préalablement définis ».

²⁰¹¹ M.-L. COQUELET, « Les ressemblances sont souvent trompeuses : la transmission universelle pour cause de réunion des parts sociales n'est pas une fusion ! » : Bull. joly 2003, § 211, p. 969. Selon la chancellerie « l'article 1844-5 n'est pas destiné principalement à opérer des fusions, mais, tout en maintenant la protection des tiers, à simplifier les règles du droit dans une situation précise, de réunion des parts sociale en une seule main ».

562. Pourtant, le régime juridique hypersimplifié de la dissolution sans liquidation d'une société unipersonnelle, fait l'objet d'une vive critique. L'article 1844-5 est impuissant à offrir les mêmes garanties de protection aux associés et aux créanciers de la société bénéficiaire de la transmission, et cela à un double égard²⁰¹².

À l'égard des associés de la société bénéficiaire, la transmission par confusion des patrimoines ne leur offre quasiment aucune garantie. Cette transmission simplifiée s'opère par simple déclaration de dissolution par l'associé unique au greffe du tribunal de commerce. Elle ne nécessite pas, comme en matière de fusion, la rédaction d'un traité d'apports, ni la vérification de son contenu par l'intermédiaire du commissaire aux apports (article L. 236-11 du Code de commerce), et cela sans que l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire ait par conséquent à se réunir.

A l'égard des créanciers de la société bénéficiaire, l'article L. 236-14 du Code de commerce reconnaît aux créanciers des sociétés, tant absorbée qu'absorbante, le droit de s'opposer à la transmission de leur créance dès la publicité du projet de fusion. Alors que les créanciers de la société bénéficiaire de la transmission de patrimoine ne disposent d'aucun droit d'opposition en cas d'absorption d'une société unipersonnelle réalisée au moyen de l'article 1844-5 du Code civil. Le droit d'opposition est en effet réservé aux seuls créanciers de la société qui disparaît. La transmission universelle du patrimoine leur est donc imposée sans possibilité de résistance, à l'exception du maigre secours que peut leur offrir l'action paulienne²⁰¹³.

563. Il faut de même souligner les dérives résultant des procédures d'opposition imposée en cas de transmission universelle du patrimoine sur les droits des tiers.

La procédure d'opposition est instituée pour protéger les créanciers sociaux. Toutefois, les divergences entre les solutions adoptées en cas de dissolution peuvent entraîner certaines hérésies juridiques. La procédure d'opposition n'est favorable que dans le cas d'une société *in bonis*, où elle leur permet de conserver leur gage sur le patrimoine de la société. Si la société n'est pas *in bonis*, en revanche, l'application du régime du redressement ou de la liquidation judiciaire²⁰¹⁴ peut les priver de la faculté

²⁰¹² M.-L. COQUELET, « Les ressemblances sont souvent trompeuses : la transmission universelle pour cause de réunion des parts sociales n'est pas une fusion ! » : Bull. joly 2003, § 211, p. 969.

²⁰¹³ M.-L. COQUELET, « Les ressemblances sont souvent trompeuses : la transmission universelle pour cause de réunion des parts sociales n'est pas une fusion ! » : Bull. joly 2003, § 211, p. 969.

²⁰¹⁴ Cass. com., 12 juillet 2005 (deux arrêts) : Bull. civ. IV, n° 168, p. 182; D. 2005, p. 2002, obs. A. LIENHARD, Dr. sociétés 2005, comm., 180, obs. J. MONNET ; JCP E 2005, 1586, note J.-P. LEGROS. – En sens contraire Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-10-044 : juris-data n° 2004-024781. – V. également J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER : JCP G 2006, n° 8, p. 356 : les deux arrêts du 12 juillet rend finalement sans intérêt la modification de l'article 1844-5, al. 3 opérées par la loi NRE du 15 mai 2001 qui est venue limiter le principe de la transmission universelle du patrimoine à la seule hypothèse où l'associé unique de la société dissoute est une personne morale. En effet, la protection de l'associé ne

de poursuivre le patrimoine personnel. Pourtant, quel fondement juridique permet de justifier le fait de mieux traiter une société insolvable qu'une société solvable ?

A l'égard des créanciers, il est difficile de dire si le régime de la transmission leur est favorable ou défavorable. Cela dépend en réalité des circonstances et de la solvabilité de l'entreprise. Il est sans doute favorable si l'actif de la société est supérieur au passif, mais il peut être un piège si le passif est supérieur à l'actif. L'exercice de la procédure d'opposition entraîne la mise en redressement ou liquidation judiciaire. Dans ce cas, ils ont intérêt à attendre la fin du délai d'opposition et à poursuivre la société mère.

564. En outre, le régime juridique de l'opposition et l'absence de liquidation soulèvent certaines difficultés d'application concernant le cautionnement.

Une curieuse décision avait été rendue par la Cour d'appel de Douai, selon laquelle « *en cas de dissolution d'une EURL et à défaut d'opposition dans les trente jours, à compter de la publication de la dissolution, il y a lieu de constater la disparition de la société débiteur principal, laquelle emporte extinction du cautionnement garantissant le remboursement d'un emprunt contracté par celle-ci* »²⁰¹⁵.

Cette décision a fait l'objet de critiques. En réalité, la formalité d'opposition n'est pas nécessaire à la conservation des droits des créanciers. Elle a seulement pour objet de leur éviter le concours, sur les biens sociaux, avec les créanciers personnels de l'associé unique. Par conséquent, le défaut d'opposition n'entraîne pas l'extinction de leurs créances. Dans ce cas, la dissolution provoque un changement de débiteur, l'associé unique étant tenu personnellement au passif social au lieu et place de l'EURL.

Cette décision donne à l'accomplissement des formalités d'opposition une portée qu'il ne devrait pas avoir. Cette solution est contraire aux solutions admises en droit positif concernant le sort du cautionnement en cas de transmission universelle du patrimoine ou en cas de liquidation. Si la transmission universelle du patrimoine a une nature juridique propre, elle ne devrait pas pour autant contrarier la logique du droit.

En réalité, en cas de fusion-absorption la Cour de cassation avait admis que la caution demeure tenue des dettes nées antérieurement à la fusion en cas de défaillance de la société absorbée. Cette solution est empruntée à la continuation de la personnalité du défunt en droit des successions. Dans ce cas, la caution demeure tenue des obligations nées avant l'ouverture de la succession. Cette décision confond

se justifie pas lorsque la société est *in bonis* et lorsqu'elle est en état de cessation de paiements, il n'appartient qu'à lui de se placer sous la protection du droit des procédures collectives.

²⁰¹⁵ CA Douai, 2e ch., 20 janv. 2000 : Bull. joly sociétés 2000, p. 519, note J.-J. Daigre ; RTD com., 2001, p. 130 ; D. 2000, jur., p. 139, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2000, p. 382, obs. Y. Guyon.

en effet entre l'extinction de la dette, qui libère la caution, et la disparition du débiteur, qui laisse subsister son obligation.

565. Conclusion de la section 1. Au regard de l'évolution législative en matière de dissolution, on peut constater le désordre introduit en la matière : soit que le législateur tire les conséquences de la limitation de responsabilité, seul intérêt de la société unipersonnelle, et applique le régime de liquidation, soit que la responsabilité limitée demeure une fausse promesse en application du régime de transmission universelle du patrimoine. Le législateur prive l'associé unique de la limitation de responsabilité au moment où cette dernière présente son intérêt et annule par là-même tout l'intérêt du recours à cette forme d'organisation.

Aussi, dans le premier cas, ce que le législateur gagne en rigueur, il le perd en opportunité car la responsabilité limitée n'a d'intérêt que lorsque la société est insolvable. Lorsque la société est *in bonis*, le régime de liquidation est lourd et coûteux sans que l'associé en tire profit. Le législateur ne tire pas les conséquences de l'unicité d'associé, et impose à l'associé unique une procédure généralement incompatible avec la taille et les ressources de l'entreprise. L'associé paye en quelque sorte le luxe de la limitation de responsabilité. De surcroît, en cas de redressement ou liquidation judiciaire, pour les personnes physiques comme pour les personnes morales, c'est le régime de la liquidation qui s'applique, ce qui conduit à traiter une entreprise solvable de manière moins favorable qu'une entreprise insolvable.

Enfin, dans les faits, outre que les banques exigent souvent de l'associé unique des garanties personnelles, si la société dépose le bilan, l'associé n'est pas à l'abri d'une action destinée à lui faire supporter tout ou partie de l'insuffisance de l'actif. Il convient alors de reconnaître le divorce entre le fait et le droit ayant pour objectif de donner la faveur de limitation de responsabilité à l'entrepreneur individuel.

Section 2. Le divorce entre le fait et le droit ayant pour objectif de donner la faveur de la limitation de responsabilité à l'entrepreneur individuel

566. La société unipersonnelle est instaurée dans l'unique dessin de limiter la responsabilité de l'entrepreneur individuel aux seuls biens de l'entreprise, à l'exclusion de ses biens personnels. Du côté des créanciers sociaux, l'institution de la société unipersonnelle peut être utile dans la mesure où elle leur donne la possibilité d'être désintéressés de manière exclusive. Mais cet avantage n'existe que dans la mesure où le patrimoine social est plus important que le patrimoine personnel. Cela rappelle le rôle important que peut jouer le capital social dans la société puisqu'il n'est pas raisonnable de déplacer le risque vers les créanciers et les salariés.

567. Dans ce cadre, il apparaît que l'autonomie patrimoniale conduit à faciliter la cessation des paiements et à favoriser la défaillance des entreprises. On n'a pas manqué de souligner que l'étrange protection des biens non nécessaires à

l'exploitation d'un entrepreneur individuel est le moyen le plus sûr d'entraîner la perte de l'entreprise²⁰¹⁶. Toutefois, le droit des procédures collectives joue un rôle de mise à l'épreuve du concept de société unipersonnelle et le même constat est valable pour l'entreprise exploitée en EURL²⁰¹⁷. Ainsi, dans la plupart des cas, la responsabilité de l'associé unique, surtout lorsqu'il est en même temps gérant, sera recherchée en cas de liquidation judiciaire pour faute de gestion s'il n'a pas respecté l'autonomie patrimoniale de la société. Dans ce cas, l'associé unique supportera tout ou partie de l'insuffisance d'actif (article 651-2 du Code de commerce). De même, lorsque l'associé unique n'est pas en même temps gérant, la qualification de gérant de fait sera plus facile à établir. Pour B. SAINTOURENS, le particularisme de la situation créée par le recours à l'EURL est de nature à se répercuter à la fois sur la qualification de gérant de fait et sur la faute de gestion retenue pour fonder la condamnation de l'associé unique. Il est à craindre que la technique du faisceau d'indices utilisée par la jurisprudence masque mal l'incidence de l'unicité d'associé²⁰¹⁸.

Dans ces conditions, pour échapper à sa responsabilité, l'associé unique doit respecter une totale rigueur comptable, éviter les fautes de gestion et être attentif à la gestion, mais cela au risque de favoriser sa qualification de gérant de fait²⁰¹⁹. L'obligation de respecter l'autonomie patrimoniale s'imposant également à l'EURL, l'entrepreneur devra faire l'objet de beaucoup de rigueur et de pédagogie de la part des professionnels du chiffre, tant l'exercice se révèle déjà difficile, parfois, pour les

²⁰¹⁶ M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ : RTD com., 1994, p. 329. – P. RUBELLIN, « *L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel* » : JCP G 1995, I, 3856.

²⁰¹⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EURL* », In entreprise et patrimoine, colloque organisé par l'association Droit et Commerce : Gaz. Pal. 19 mai 2011, n° 138 à 139, p. 33. – V. également, P. LE CANNU, « *L'EURL et les procédures collectives* » : Bull. joly 1986, p. 895. – B. MAUBRU, « *Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL* » : JCPN 1986 I, p. 435. – Paris 3^e ch. 13 juillet 1993 : Bull. joly 1993, § 375, p. 1250, note H. LE NABASQUE, « *L'EURL ne serait-elle qu'un leurre* » ; Rev. sociétés 1993, p. 874, note A. HONORAT ; D. 1993, somm., p. 368, obs. A. HONORAT (extension de la procédure collective). – CA Rennes 8 janvier 1992 : Rev. sociétés 1992, p. 11, note Y. CHAPUT ; Dr. Sociétés 1992, n° 226, note Th. BONNEAU. – Paris 15 janvier 1999 : Bull. joly 1999, § 137, p. 627, note B. SAINTOURENS. – CA Aix-en-Provence, 25 mars 1999 : Dr. sociétés 1999, comm., n° 164, note Y. CHAPUT.

²⁰¹⁸ B. SAINTOURENS, note sous Paris 15 janvier 1999 : Bull. joly 1999, § 137, p. 627 : Dans cette affaire, la société mère a été qualifiée de gérante de fait au motif qu'elle était la seule maîtresse de la politique économique et financière de sa filiale et en caractérisant une faute de gestion pour poursuite d'une exploitation déficitaire alors que l'associé unique a mis, à deux reprises, des fonds importants à la disposition de l'EURL pour couvrir ses dettes.

²⁰¹⁹ B. SAINTOURENS, note sous Paris 15 janvier 1999 : Bull. joly 1999, § 137, p. 627. – V. également Y. CHARTIER, « *Droit des affaires* », t. 1, PUF 1993, p. 185 « *il est raisonnable de penser que, dans la plupart, sinon dans la totalité des cas, les tribunaux seront naturellement amenés à constater cette identité d'intérêt entre la société et son seul associé* ».

personnes morales plus structurées. L'exercice pourra même pratiquement relever de la schizophrénie en cas de pluralité de patrimoines affectés²⁰²⁰.

568. De même, la pratique du cautionnement entraîne des conséquences fort importantes. La discussion peut être prolongée indéfiniment sur le plan théorique. Le droit des affaires est beaucoup plus concret, beaucoup plus conscient de ce qui se passe véritablement dans la pratique. Aussi fait-on tomber le masque qu'est la personne morale pour rechercher ce qu'il recouvrait. A la phénoménologie sociale se substitue l'ontologie de l'entreprise²⁰²¹. D'un point de vue théorique, il n'est pas de corrélation entre la personnalité morale et la responsabilité limitée mais, en pratique, la responsabilité illimitée concerne le plus souvent les associés qui accèdent à la direction. Elle constitue une garantie de loyauté des dirigeants dans la gestion du patrimoine social. Du fait de la présence d'un seul associé, et de la réunion de la propriété et le pouvoir dans une seule main, les frontières entre le patrimoine de la société et le patrimoine privé se trouvent sérieusement gommées.

569. Un des rapports parlementaire précédant l'adoption de la loi du 11 juillet 1985 traduit cette inquiétude²⁰²² : « à moins que le crédit de l'entreprise soit fort étendu, et le patrimoine de la société unipersonnelle très élevé, l'on ne voit pas comment les créanciers avisés – ou en position de force – renonceront à exiger des cautions personnelles, qui auront pour effets d'engager le patrimoine privé de l'entrepreneur »²⁰²³. De même, la pratique de cautionnement est au centre des préoccupations de ceux qui réclament des aménagements pour rendre la société unipersonnelle plus attractive²⁰²⁴. De même

²⁰²⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL », In entreprise et patrimoine, colloque organisé par l'association Droit et Commerce : Gaz. Pal. 19 mai 2011, n° 138 à 139, p. 33 : pour cet auteur, la possibilité de remettre en cause l'affectation dans la cadre de la procédure collective en limite l'intérêt. La constitution de plusieurs patrimoines affectés par un seul entrepreneur individuel, qui sera possible à compter du 1^{er} janvier 2013 pourrait donner l'occasion de multiplier les difficultés de coordination à l'infini.

²⁰²¹ A. PIEDELIÈVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement » : Gaz. Pal. 1982. 1. doct. 85.

²⁰²² Pour supprimer complètement cette origine de responsabilité, il a été proposé d'interdire ce cautionnement lors des travaux préparatoires (J.O. *Déb. Ass. Nat.* 12 avril 1985, p. 153). Une telle proposition est inadmissible et irréaliste. Elle est inadmissible en ce qu'elle est une atteinte intolérable à la liberté. Elle est irréaliste car son admission reviendrait à supprimer tout crédit à la société unipersonnelle qui ne peut, par elle-même, présenter les garanties suffisantes.

²⁰²³ Rapport GOUZES : Doc. Ass. Nat., 10 avril 1985, n° 2598, p. 14.

²⁰²⁴ Cl. BAILLY-MASSON, « les aménagements à envisager pour rendre l'EURL plus attractive » : Petites affiches 19 juin 2000, n° 121, p. 4, voir également de même auteur, « Autonomie de l'entreprise, enjeux et conditions », thèse, Grenoble 1999. – Rapport du groupe d'étude, présidé par Cl. CHAMPAUD, chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL (Entreprise personnelle à responsabilité limitée) en droit français : RTD com. 1979, p. 579, spécialement n° 27 : qui remarque que le cautionnement général est automatique des prêts bancaire a pour effet de vider notablement la règle de la limitation de responsabilité de sa substance dans son application aux petites et moyennes S.A. et S.A.R.L. en fait unipersonnelle. Le groupe suggère dès lors que soit déclarée nulle et de nul effet toute garantie directement ou indirectement donnée en faveur des dettes de l'entreprise, sur les biens qui composent la masse insaisissable. Le rapport CHAMPAUD proposait, en revanche, l'organisation d'un système

encore, une question écrite relative au respect de la séparation des patrimoines par les établissements des crédits a été posée par un parlementaire, M. H. WACHEUX : « *quelles mesures pourraient être prises afin que la distinction entre les biens de la société et les biens propres de l'associé unique soit respectée par les établissements bancaires et financiers ?* ». Cette question a fait l'objet, de la part du Garde des sceaux, d'une réponse négative du 11 août 1986 dont l'importance mérite qu'elle soit reproduite :

« *La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, en créant l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L.), n'a entendu instituer qu'une variété de société à responsabilité limitée (S.A.R.L.) et ne faire supporter les pertes par le chef d'entreprise qu'à concurrence de ses apports. Elle n'a pas pour objet de modifier les règles relatives au droit des sûretés. Il est bien certain qu'en demandant à l'associé unique de se porter personnellement caution, les établissements de crédit restreignent la portée de cette limitation de responsabilité. Ce phénomène ne concerne pas seulement les E.U.R.L. mais également les S.A.R.L. à forme pluripersonnelle. Il paraît toutefois difficile en l'état de notre droit, de critiquer cette pratique. En effet, empêcher le dirigeant d'une société de se porter caution conduirait à la négation de la capacité civile et serait contraire au principe de la liberté contractuelle reconnue à toute personne majeure ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection particulière. Par ailleurs, recourir à de telles mesures risquerait d'être préjudiciable à un grand nombre de petites sociétés qui ne disposent pas de capitaux suffisants. En effet, l'engagement personnel du dirigeant comme caution est souvent le seul moyen pour ces entreprises d'obtenir l'octroi de crédits nécessaires à leur fonctionnement. Sous réserve d'un meilleur avis de M. le ministre de l'économie et des finances, la réforme de notre législation en la matière ne paraît pas s'imposer* »²⁰²⁵.

de garantie mutuelle alimenté par des cotisations versées par l'EPRL. Toutefois, ce système rencontrait néanmoins trois difficultés : la création, l'organisation et la mise en place de caisse de garantie mutuelle ; une limitation de la liberté de l'entrepreneur à l'égard d'une partie de son patrimoine ; et la création d'une nouvelle cotisation à la charge de ces entreprises. Il est important d'observer que ce système peut aussi bien être adopté avec l'EURL qu'avec l'EPRL.

²⁰²⁵ Réponse ministérielle, J.O., déb. Ass. Nat., 27 octobre 1986, p. 3941 ; JCP N 1987, n° 4 du 23 janvier 1987. – V. également : Ph. SIMLER, « *Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement* » : JCP N 1987, I, doctrine, p. 199 : l'interdiction suggérée n'est pas seulement difficile ; elle serait proprement absurde. Il faudrait, à l'évidence, l'étendre aux SARL, voire à toute société. Ainsi, les dirigeants des sociétés pourraient valablement cautionner tout débiteur, sauf précisément leur propre société ! À l'inverse, toute personne pourrait, en qualité de caution, garantir une société, sauf précisément le principal intéressé ! – V. également, la déclaration du ministère de commerce, de l'artisanat et du tourisme au sénat : « *Mesdames et Messieurs les sénateurs, l'objectif prioritaire qui, je crois, vous est commun est de limiter le risque d'entreprendre : le limiter partiellement, certes, car les garanties bancaires pourront déborder le cadre du capital social, comme c'est déjà le cas non seulement pour les entreprises familiales mais aussi pour les sociétés. Mais l'interdire serait à coup sûr, ruiner le crédit de l'entreprise. Cela dit si les banquiers continuent à exiger l'engagement personnel du chef de l'entreprise ou de sa femme, on peut se demander en quoi la responsabilité peut être limitée. Certes, on aurait pu prévoir, dans la loi, que ce genre de clause était interdit. Mais cela aurait consisté à prendre les chefs d'entreprises pour des incapables majeurs, ce qui ne saurait être le cas. En effet, ce qui les caractérise, ou du moins, ce qui devrait les caractériser, c'est bien le sens des responsabilités ! Le contrat de cautionnement et le contrat de solidarité sont deux règles qui existent dans le code civil et dans le code de commerce. De plus, cela reviendrait à couper tous les crédits aux entreprises, ce qui n'est, je crois, le désir ni du gouvernement ni du parlement* » : JO. déb. Sénat, 23 mai 1985, p. 650.

570. Cette position est confirmée par la Cour de cassation. En l'espèce, l'épouse de l'associé unique s'était portée caution de la société auprès d'une banque et la société se trouvait en liquidation judiciaire. L'épouse assignée en sa qualité de caution faisait valoir que la dette d'une société unipersonnelle ne pouvait valablement être cautionnée à titre personnel tant par l'associé unique que par son conjoint sans que la société perde sa qualification de société unipersonnelle. La Cour de cassation a retenu que « *le cautionnement par l'associé unique d'une société unipersonnelle, ou par son conjoint marié sous le régime de la communauté, n'a pas pour effet de faire perdre à la société sa qualification. En effet, le cautionnement d'une personne morale par un associé, ou par l'épouse commune des biens de cet associé, est sans effet sur la distinction de la personnalité et du patrimoine respectif de la caution et de la société cautionnée. Il en est notamment ainsi pour ce qui concerne les sociétés unipersonnelles* »²⁰²⁶. De même, la Cour d'appel de Bordeaux a jugé que « *l'existence d'un engagement de caution ou d'une hypothèque sur des biens communs consentis par le dirigeant d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée pour garantir le remboursement de prêt contracté pour le compte de la société ne caractérise pas une confusion des patrimoines permettant de mettre en œuvre l'article 101 de la loi du 11 juillet 1967* »²⁰²⁷.

571. Il n'est pas rare que les créanciers de la société exigent d'autres garanties que des garanties personnelles. Ainsi, les parts sociales ou le fonds de commerce peuvent être nantis, et les immeubles, souvent isolés dans une SCI, hypothéqués²⁰²⁸. Dans plusieurs circonstances, les juges ont accepté de vérifier la réalité de l'engagement de la caution et se sont efforcés de maintenir la séparation des patrimoines. Pourtant, ces contrats seront rapidement standardisés. Les juges ne peuvent pas toujours procéder ainsi et, très souvent, les garanties réelles ou personnelles demandées par les créanciers, portent sérieusement atteinte au principe de la limitation de responsabilité voulu par le législateur²⁰²⁹.

572. Le refus tant par le législateur que par la Cour de cassation de tenir compte de la particularité de la société unipersonnelle, traduit en réalité une volonté de ne pas entrer dans une voie qui conduirait, outre à une remise en cause radicale de la théorie du patrimoine, à la disparition pure et simple de la pratique de cautionnement d'une société par ses dirigeants et associés²⁰³⁰.

²⁰²⁶ Cass. com., 8 juin 1993 : Bull. Joly 1993, § 265, p. 911, note M. JEANTIN.

²⁰²⁷ CA Bordeaux 13 juillet 1993, juris data n° 049076.

²⁰²⁸ Y. CHAPUT et de A. LÉVI « *l'EURL. Droit, pratique et perspective* » : Étude du centre de recherche sur le droit des affaires, sous la direction de, Litec., n° 327, p. 215 ; CA Riom 8 février 1995 : juris-data n° 041832. L'associé unique lui-même caution. – CA Lyon 24 juin 1993 : juris-data n° 047484. caution donné par l'un des membre de la famille – CA Paris 30 juin 1995 : juris-data n° 023105. – Cass. com., 19 mai 1998 : D. 1998, somm., p. 377, note S. PIEDELIÈVRE,

²⁰²⁹ Y. CHAPUT et de A. LÉVI, op. préc. n° 328, p. 216.

²⁰³⁰ M. JEANTIN, note sous Cass. com., 8 juin 1993 : Bull. joly 1993, § 265, p. 911, préc.

Pourtant, la pratique du cautionnement, par l'associé unique, souvent unique dirigeant, envers les banques et les établissements de crédit remet en cause l'esprit même de la loi du 11 juillet 1985²⁰³¹. Cette pratique prive en effet d'une grande partie de son intérêt la dissociation du patrimoine privé et du patrimoine professionnel, au moyen de la création d'une société unipersonnelle. N'est-ce pas, pourtant, d'une certaine manière, la victoire d'une sorte de loi naturelle sur la fiction ? Il n'est pas douteux que de très nombreuses petites sociétés reposent sur une large part de fiction et que la société unipersonnelle soit ouvertement fondée sur une fiction juridique²⁰³².

« *Chassez le naturel, il revient au galop* ». Le naturel n'est-il pas, en l'occurrence, que toute personne réponde à l'égard des tiers des conséquences de ses entreprises ? Ainsi, le cautionnement de "sa" société par le dirigeant majoritaire ou, *a fortiori*, par l'associé unique, n'est que le retour à cette norme élémentaire par une nouvelle fiction, constituée par l'engagement de caution de ce soi-disant "tiers" et destinée à neutraliser la première, consistant en la création, par sa seule volonté du maître de l'affaire, d'une personne morale juridiquement distincte. En définitive AUBRY et RAU avaient peut-être raison, dit Ph. SIMLER²⁰³³.

573. Cependant, maints auteurs soulignent que si le recours aux sûretés, réelles ou personnelles, permet très facilement de contourner la responsabilité limitée de l'entrepreneur en EURL, cet argument vaut tout autant pour la SARL voire la SA²⁰³⁴. Toutefois, d'un point de vue pratique, il est vrai que la pratique de cautionnement présente une certaine efficacité dans les sociétés pluripersonnelles mais elle ne conduit pas à une remise en cause définitive comme c'est le cas dans les sociétés unipersonnelles. D'une part, la pluralité d'associés constitue un moyen d'accumulation des capitaux permettant de faire l'économie de recours aux prêts bancaires. Cela permet de rappeler aussi l'importance du capital social qui est du reste la garantie la plus efficace pour donner à l'entreprise les moyens de sa survie. Dans ce sens, ce sont l'importance du capital et l'accumulation des capitaux qui permettent le mieux de mettre en marche l'entreprise capitaliste. Les crédits sont des moyens importants pour les entreprises mais toute extension de l'insaisissabilité se traduit par une restriction des possibilités de crédit, qui se retourne inéluctablement contre celui qu'on entend protéger²⁰³⁵. D'autre part, dans les sociétés pluripersonnelles, il n'est toujours aisé de solliciter la garantie de tous les associés²⁰³⁶.

²⁰³¹ Ph. SIMILER, « *Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement* » : JCPN 1987. I. Doctrine, p. 199.

²⁰³² Ph. SIMILER, article préc.

²⁰³³ Ph. SIMILER, article préc.

²⁰³⁴ Ph. SIMILER, article préc.

²⁰³⁵ Ph. SIMILER, article préc.

²⁰³⁶ N. MATHEY, thèse, op. cit., p. 432, note n° 1. Il reste que la pratique de cautionnement ne concerne pas toutes les dettes, parmi les créanciers, il existe autre la banque et les établissements de

La pratique de cautionnement concerne essentiellement les associés qui accèdent à la direction. Elle constitue aussi une garantie de loyauté dans la gestion du patrimoine social. Dans cette optique, la pratique de cautionnement conduit à une remise en cause de la société unipersonnelle notamment en cas d'associé unique-gérant.

574. Par ailleurs, la pratique du cautionnement en matière de société unipersonnelle incite à relativiser et à écarter le courant doctrinal qui, pour réclamer l'introduction de la société unipersonnelle, se fondait sur le divorce entre le droit et le fait résultant de la pratique des sociétés fictives qui n'ont en réalité qu'un seul associé. A quel fait économique doit-on s'attacher pour dénoncer le divorce entre le fait et le droit : à la pratique des sociétés fictives ou à la pratique de cautionnement ? Ainsi, « *il convient de rappeler une évidence, qui vaut pour l'EURL, mais également pour toutes les sociétés : un entrepreneur ne peut espérer que son environnement économique et financier prenne les risques qu'il refuse lui-même. A cet égard l'EURL ne sera jamais une assurance tous risques* »²⁰³⁷.

575. De surcroît, la pratique du cautionnement peut avoir des conséquences et significations inattendues au regard de l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 643-11 du Code de commerce. En effet, selon ce texte, « *le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur* »²⁰³⁸. Cette disposition

crédits, les fournisseurs et le trésor public, mais cette limitation de responsabilité ne concerne pas des dettes importantes de l'entreprise, ce qui rend aussi, cette limitation de responsabilité illusoire. - J.-J. DAIGRE, « *L'EURL : vains regrets, vrais intérêts* » : RJ com., 1988, p. 1.

²⁰³⁷ J.-J. DAIGRE, « *L'EURL : vains regrets, vrais intérêts* » : RJ com., 1988, p. 1. - J. PAILLUSSEAU, « *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP E 1986, I, 3242 et JCP E 1986, II, 14684 : « *quelle que soit la technique utilisée : patrimoine d'affectation ou société unipersonnelle, un seul problème demeure : celui de l'organisation de la limitation de responsabilité des chefs des petites entreprises commerciales et artisanales. Mais pour ces entreprises n'est-ce pas l'idée de la limitation de responsabilité qui est illusoire ? Si l'entrepreneur ne possède rien ou pas grand-chose, comment peut-on concilier une limitation de responsabilité avec l'accès au crédit ? La solution ne peut être juridique. Elle n'est que financière. La Commission Champaud proposer d'organiser un système de cautionnement mutuel, c'est peut-être une solution pour un problème très difficilement soluble* ». - P. SERLOOTEN, « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)* » : D. 1985, chron., p. 187 et A.L.D. 1985, p. 394 : « *l'introduction dans notre droit d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ne se comprenait que si elle était accompagnée d'une interdiction pour l'entrepreneur de garantir d'une façon directe ou indirecte les dettes de l'entreprise par son patrimoine personnel. Dès lors, on voit que l'insuffisance du gage offert par l'entreprise unipersonnelle ne peut être corrigée par une extension du gage sur le patrimoine personnel, sinon c'est la négation de la réforme envisagée* ».

²⁰³⁸ Sur cette question V. notamment, B. DUREUIL et J. MESTRE, « *La purge des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985* » : Rev. proc. coll., 1989, p. 389. - O. PLAYOUST, « *Contribution à la moralisation du droit des procédures collectives : Les clauses de retour à meilleure fortune* » : Rev. proc. coll., 1994, p. 349. - Y. GUYON, « *Droit des affaires* », t. 2, *Entreprises en difficultés Redressement judiciaires - Faillite*, Economica 9e éd. 2003, n° 1339, p. 374 : la procédure collective devient ainsi un moyen de se débarrasser rapidement et définitivement de ses dettes, afin de répartir à zéro. Selon Y. GUYON, l'extension des poursuites a en effet un fondement plus social qu'économique car le débiteur liquidé trouvera rarement le crédit nécessaire à la constitution d'une nouvelle entreprise. - F. PÉROCHON et R. BONHOMME, « *Entreprise en difficulté Instrument de crédit et de paiement* », LGDJ., 8e éd., 2009, n°

qui conduit, sauf exceptions, à libérer le débiteur de son passif non payé est inspirée de l'«*ordre of discharge*» du droit anglais. Elle a été introduite pour réduire la différence de traitement qui existait entre les dirigeants de société et les commerçants personnes physiques. « *Le paradoxe c'est qu'elle va au delà de cette intention et qu'elle opère un complet renversement de situation. En présence de cautionnement, elle peut conduire à placer le dirigeant social, et donc l'associé unique gérant de l'EURL, dans une situation plus défavorable que le commerçant personne physique* »²⁰³⁹. Il s'ensuit que si l'entrepreneur individuel personne physique exploite son activité sous forme d'entreprise individuelle, il peut bénéficier des dispositions de l'article L. 643-11 en cas de clôture pour insuffisance d'actif, ce qui lui permet de reprendre une autre activité en étant débarrassé de la charge des dettes de son ancienne entreprise, alors que si le même entrepreneur exploite son activité sous forme de société unipersonnelle en ayant souscrit un engagement de caution solidaire pour les dettes de la société, c'est la société qui va bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles prévu par le texte. En revanche, l'associé unique demeure tenu en qualité de caution, même s'il a épuisé, avant complet paiement, tout son actif personnel, sur tous ses biens présents et à venir. Il s'ensuit encore que la structure de la société unipersonnelle n'a vraiment d'intérêt que si l'entrepreneur dispose du capital nécessaire pour entreprendre une activité sans avoir besoin de recourir à un emprunt bancaire. De même, paradoxalement, le droit à l'erreur consacré par le texte précité favorise la création d'entreprises, comme le confirmerait l'expérience américaine de la *discharge* qui autorise un nouveau départ ou *fresh start*²⁰⁴⁰. Mais dans la pratique, il est contesté que la poursuite des créanciers soit le principal frein à la création d'entreprise²⁰⁴¹.

576. Quant à l'EURL, il devrait normalement bénéficier des dispositions de l'article L. 643-11 mais le constat d'un divorce entre le fait et le droit, instituant une responsabilité limitée pour les entrepreneurs individuels, demeure le même.

La question de la constitution de sûretés en garantie des crédits consentis aux EURL a certes été soulevée dès la présentation du projet de loi et de manière

499, p. 538: cette disposition consacre à grande échelle le droit à ne pas payer ses dettes annoncé et dénoncé par RIPERT à propos du délai de grâce de l'article 1244 du Code civil (G. RIPERT, « *Le droit de ne pas payer ses dettes* » : D. H. 1936, chron., p. 57). - J.-L. COURTIER, « *Considération sur l'article 169 de la loi du juin 1994* » : Petites affiches 21 avril 1995 n° 48, p. 12 : dans la pratique, le débiteur ne saurait constituer des revenus postérieurs à la clôture de la procédure que s'il y a eu fraude de sa part. cette fraude constitue ainsi une exception ne permettant pas de faire bénéficier le débiteur des dispositions de l'article 169.

²⁰³⁹ J.-Cl. HALLOUIN, « *La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* »: ALD 1986, p. 73.

²⁰⁴⁰ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, « *Entreprise en difficulté Instrument de crédit et de paiement* », LGDJ., 8^e éd., 2009, n° 500, p. 539.

²⁰⁴¹ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, « *Entreprise en difficulté Instrument de crédit et de paiement* », LGDJ., 8^e éd., 2009, n° 500, p. 539.

récurrente lors des travaux préparatoires de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. Toutefois, mis à part certaines dispositions protectrices de la caution personne physique et la récente ordonnance du 18 décembre 2008 en cas de procédure collective, l'EIRL sera voué à un sort comparable à celui de l'associé unique, ce qui est reconnu par H. NOVELLI, promoteur de la réforme, à savoir que le succès du dispositif dépend pour partie de l'attitude qu'adopteront les banques²⁰⁴². Ni la loi du 15 juin 2010, créant le statut de l'EIRL, ni l'ordonnance du 9 décembre 2010, portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, n'ont donné de réponse claire sur la question de la constitution des sûretés susceptibles d'être consenties par l'EIRL, alors même que l'article 8, I de la loi du 15 juin 2010 autorisait le Gouvernement non seulement à prendre par voie d'ordonnance dans les six mois de sa publication les dispositions nécessaires à l'adaptation au patrimoine affecté des dispositions du livre VI du Code de commerce, mais également à « *procéder aux harmonisations nécessaires en matière de droit des sûretés, de droit des procédures civiles d'exécution et de règles applicables au surendettement* ». De même, aucune précision n'a été donnée non plus par le dispositif permettant la mise en vigueur des textes au 1^{er} janvier 2011.

577. Toutefois, selon une réponse ministérielle²⁰⁴³ « *les biens affectés à l'activité professionnelle peuvent constituer les seuls gages des créanciers professionnels [...] en conséquence le Gouvernement a souhaité que l'EIRL ait accès au crédit sans avoir à constituer des sûretés sur ses biens personnels ou apporter la garantie de ses proches* ». De même, la constitution des sûretés personnelles par l'EIRL, appelées sûretés exogènes par un auteur²⁰⁴⁴, peut se heurter à une certaine incompatibilité avec le droit commun des obligations et des sûretés. En effet, les sûretés personnelles mettent toujours en présence trois personnes, un garant qui accepte de garantir l'obligation d'un débiteur envers son créancier, alors qu'en l'absence de personnalité morale de l'EIRL il n'y a que deux personnes. De même, il est de principe constant que « *celui qui est débiteur d'une obligation à titre principal ne peut être tenu de la même obligation comme caution* »²⁰⁴⁵.

²⁰⁴² Séance AN 17 février 2010 : « *je précise que le patrimoine d'affectation concerne le seul gage général ; il n'interdit pas la prise de sûretés spécifiques sur l'un ou l'autre des patrimoines. Il n'en faut pas moins limiter autant que possible le recours à des sûretés personnelles ou réelles sur le patrimoine non affecté* ».

²⁰⁴³ Rép. min. n° 80164 : JOAN Q 19 oct. 2010, p. 11390.

²⁰⁴⁴ E. DUBUISSON: JCP N 2010, 110.

²⁰⁴⁵ Cass. com., 28 avril 1964 : RTD com., 1965, p. 116, obs. J. Chevallier. - V. également, V. LEGRAND, « *L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable ?* » : Petites affiches, 07 octobre 2011 n° 200, p. 4: selon cet auteur, l'absence de principes clairs sur la nature de l'EIRL et ses possibilités d'accorder des garanties sur son patrimoine privé se fait ressentir avec son lot d'incertitudes.

578. Cependant, les débats parlementaires se sont montrés favorables à inciter les EIRL à recourir au cautionnement solidaire d'organismes tels Oseo. H. NOVELLI, a rappelé qu'Oseo offrira des garanties à 70 % pour les prêts à la création et des garanties plus faibles pour les autres types de prêts, le tout moyennant une tarification s'élevant à 1,20 % de l'encours du prêt. Cette mesure est destinée à faire face aux exigences des banques sans compromettre le succès de l'EIRL

579. En tout état de cause, on n'a pas omis de remarquer que la difficulté n'est que déplacée. Les entreprises d'assurance-crédit et les sociétés de cautionnement mutuel, même dans la dépendance de l'État, ne sont pas beaucoup plus philanthropes que les établissements de crédit ordinaires. À leur tour, elles n'accepteront probablement de garantir les dettes du patrimoine affecté qu'à la condition de pouvoir obtenir des contre-garanties sur le patrimoine non affecté, ou alors elles feront payer leur garantie au prix fort aux entrepreneurs individuels²⁰⁴⁶. Selon H. SYNVEY et A. GAUDEMET, « *en dépit de leur caractère technique, inhérent à la matière des sûretés, les rapports de l'EIRL et des sûretés peuvent donc être résumés simplement : les sûretés n'ont pas grand chose à craindre de l'EIRL, tandis que l'EIRL a tout à craindre des sûretés. Tant et si bien que l'on en vient finalement à se demander si le « véritable scandale français » est bien celui des entrepreneurs malheureux tenus de payer leurs dettes ou celui d'un législateur qui fantasme sur les réalités économiques les plus élémentaires en croyant ainsi ravir l'opinion* »²⁰⁴⁷.

Il convient aussi de rappeler que le Gouvernement a conclu le 31 mai dernier une « *charte pour améliorer l'accès au crédit des EIRL* » avec la Fédération bancaire française (FBF). Cette charte, ayant pour objectif de promouvoir une égalité de traitement entre EIRL et entrepreneurs en nom propre classiques dans l'accès au crédit, invite essentiellement, dans le premier alinéa de l'article 2, les futurs partenaires financiers des EIRL « *à ne pas exiger de sûreté réelle sur le patrimoine personnel de l'entrepreneur, ni de sûreté personnelle sur l'entrepreneur ou sur un tiers, s'ils mettent en œuvre les solutions de cautionnement et de contre-garantie prises par les sociétés de cautions mutuelles avec ou sans l'appui d'Oseo* ». Toutefois, cette charte, ne permet de toute évidence, aucune avancée significative par rapport à l'article 313-2 du Code monétaire et financier²⁰⁴⁸. Selon V. LEGRAND, « *il est regrettable que les pouvoirs publics s'acharnent à présenter cette nouvelle institution comme la solution pour entreprendre sans risque d'autant que cette propagande est davantage susceptible de séduire les porteurs de projets modestes, c'est dire, en schématisant, ceux qui en dehors de leur résidence principale n'ont que peu de biens à affecter à leur activité, ceux-là même qui ne sont*

²⁰⁴⁶ H. SYNVEY et A. GAUDEMET, « *EIRL et sûretés* » : Petites affiches, 28 avril 2011 n° 84, p. 32.

²⁰⁴⁷ H. SYNVEY et A. GAUDEMET, « *EIRL et sûretés* » : Petites affiches, 28 avril 2011 n° 84, p. 32.

²⁰⁴⁸ V. LEGRAND, « *L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable ?* » : Petites affiches, 07 octobre 2011 n° 200, p. 4. – V. Supra n° 11.

*pas les plus éligibles au soutien d'Oséo. On en viendrait presque à se demander si l'EIRL n'est pas plus utile à ceux qui n'en n'ont pas besoin»*²⁰⁴⁹.

En fin de compte, ce bref exposé ne doit pas donner l'impression que c'est seulement dans le cas où on dispose d'un capital important que l'on peut devenir entrepreneur. L'expérience montre que la création et la réussite des entreprises trouvent à leur base des entrepreneurs qui ont des projets économiquement viables. Dans ce cadre, l'obstacle, constitué par l'absence des capitaux nécessaires ou l'impossibilité de réunir d'autres partenaires pour constituer une société pluripersonnelle, doit être contourné par le recours à des emprunts bancaires. Mais alors, c'est la pratique des taux d'intérêts élevés qui décourage aussi la création des entreprises. C'est le coût de la dette et non l'absence de limitation de responsabilité qui décourage le recours à des prêt bancaires pour bâtir son projet, investir plus dans son entreprise ou en créer une autre.

580. Conclusion de la section 2. Pour la doctrine favorable à la société unipersonnelle, l'interdiction de celle-ci consacrait un divorce entre le droit et le fait : beaucoup de sociétés en apparence pluripersonnelles ne sont en réalité que des sociétés unipersonnelles de fait c'est-à-dire des sociétés fictives qui n'ont en réalité qu'un seul associé. Toutefois, si la société unipersonnelle est consacrée en application de cette approche réaliste, elle est continument critiquée sur la base même de cette approche ce qui conduit à une contradiction flagrante. Ainsi, les frontières entre le patrimoine de la société et le patrimoine privé se trouvent sérieusement gommées, notamment en raison de la pratique de cautionnement. Cette pratique conduit à une remise en cause définitive de la responsabilité limitée d'autant plus qu'elle engendre cette conséquence absurde que la responsabilité de l'associé unique en qualité de caution est illimitée et concerne tous ses biens présents et à venir alors que l'entrepreneur individuelle peut bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles en application de l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 (article L. 643-11 du Code de commerce). Il convient de préciser que la responsabilité limitée n'a d'intérêt que lorsque l'entreprise est soumise au droit des procédures collectives. Dans ce droit, l'utilisation constante par les juges de la technique du faisceau d'indices masque mal l'incidence de l'unicité d'associé et doit conduire normalement à la remise en cause systématique de la responsabilité limitée.

581. Conclusion du chapitre II et du titre II. L'organisation de la limitation de responsabilité dans les entreprises individuelles permet de constater que le législateur n'est pas maître des conséquences qui s'en dégagent de ce choix. Sans oublier que, dans certains cas (régime coûteux de la liquidation, responsabilité

²⁰⁴⁹ V. LEGRAND, « L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable ? » : Petites affiches, 07 octobre 2011 n° 200, p. 4.

illimité en qualité de caution) la société unipersonnelle défavorise celui que l'on entend protéger, la responsabilité limitée est souvent illusoire et remise en cause dans la pratique. A certain égard, ce qui le législateur peut gagner en rigueur, pour rendre efficace la séparation des patrimoines, le perd en légitimité sinon en opportunité. Une organisation institutionnelle efficace engendre une lourdeur dans la gestion et entraîne des coûts prohibitifs qui ne sont pas compatible avec la taille et les ressources de l'entreprise.

582. Conclusion de la seconde partie. Selon AUBRY et RAU, « *l'idée du patrimoine se déduit de celle de la personnalité. Quelle que soit la variété des objets sur lesquels l'homme peut avoir des droits à exercer, quelle que soit la diversité de leur nature consécutive, ces objets en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une même et seule volonté, à l'action d'un même et seul pouvoir juridique ; ils constituent par cela même un tout juridique (universum jus)* »²⁰⁵⁰. En effet, AUBRY et RAU s'attachaient fortement à la corrélation entre l'étendue de l'obligation et l'étendue du pouvoir, pour justifier l'unité du patrimoine, et de même, pour justifient toute atténuation ou toute dérogation. La doctrine favorable à la notion de patrimoine d'affectation ne conteste pas une telle analyse. En effet, le patrimoine d'affectation suppose un but nouveau capable sur le plan juridique de modifier le régime juridique des biens et de leur conférer une unité et une indivisibilité de telle sorte que si un bien est désaffecté cela conduit à faire perdre à l'affectation sa valeur juridique. Cependant, la réalisation d'une affectation patrimoniale ne saurait être réduite au seul fractionnement du patrimoine ; elle produit dans le même temps un fractionnement de la capacité d'exercice de la personne. L'affectation doit modifier la nature des prérogatives dont la personne est investie relativement aux biens qui en sont l'objet. Antérieurement à l'affectation, les prérogatives du sujet sont de simples droits subjectifs, c'est-à-dire que leur exercice est abandonné à la libre volonté de leur titulaire. En revanche, après sa réalisation, celui-ci est tenu d'agir conformément au but qui est à l'origine de l'affectation. Plus clairement, ces prérogatives doivent être exercées dans le sens d'un intérêt spécifique, distinct de celui, général et indifférencié, de la personne. Ce ne sont plus de simples droits subjectifs, mais des pouvoirs²⁰⁵¹.

583. En particulier, lorsque le patrimoine spécialisé ne se limite pas aux nécessités de la gestion des biens affectés et a cette vertu d'instaurer une responsabilité limitée au profit du constituant, il doit être doté d'une organisation efficace permettant de contrôler l'autonomie patrimoniale et satisfaire, en même temps, les fondements mêmes de la responsabilité limitée notamment celui d'un

²⁰⁵⁰ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, 4^e éd., 1873, revue et augmentée, éd. Marchal et Billard, § 573, p. 229 et s. - V. *Supra* n° 394 et s.

²⁰⁵¹ G. WICKER, « *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », LGDJ., 1997, Préface G. AMIEL-DONAT, n° 196, p. 189. - *Supra* n° 396.

capital important permettant d'intéresser les créanciers²⁰⁵². C'est la raison pour laquelle la constitution d'un patrimoine d'affectation est une démarche rare. Certains auteurs ne le conçoit que comme une conséquence de la personnalité morale alors que d'autres précisent que le patrimoine d'affectation fait apparaître non seulement un groupement de biens mais également un groupement de personnes²⁰⁵³. Par conséquent, tout naturellement, l'entreprise unipersonnelle est soumise au principe de l'unicité du patrimoine.

584. Ainsi, contrairement à l'idée largement répandue aucune branche de droit n'instaure une autonomie patrimoniale pour l'entreprise individuelle. Ainsi, si différentes branches de droit invoquent les termes actif et passif du patrimoine de l'entreprise et traitent l'entreprise unipersonnelle de la manière qu'une personne morale, cela s'explique par des considérations propres à ces différentes matières : Celles-ci suivent dans la réalité des choses, la logique de la théorie de l'unicité du patrimoine consacré par le droit positif²⁰⁵⁴. Si les considérations particulières des différentes branches de droit évoluent, le principe civiliste de l'unicité du patrimoine demeure²⁰⁵⁵. En effet, la conception subjective de l'obligation est contraire à l'autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle : le destinataire des obligations comptables ou fiscales est toujours l'entrepreneur, personne physique ou morale. Essentiellement, la transmission de l'entreprise ne décharge pas le cédant du passif né à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise, conséquence logique et directe du caractère subjectif ou personnel de l'obligation : « *la personnalité du débiteur d'une obligation ne saurait être présumée indifférente au créancier* »²⁰⁵⁶. En outre, une responsabilité solidaire est parfois imposée par la loi dans l'intérêt des créanciers.

585. De même, contrairement à une idée largement répandue, la notion de patrimoine d'affectation spécialisé, qui est souvent, à la fois, une faveur légale au profit d'une personne et une institution d'équilibre, entre divers intérêts en présence notamment ceux des créanciers²⁰⁵⁷ ne favorise pas l'instauration d'une autonomie patrimoniale pour l'entreprise unipersonnelle. En effet, à certains d'égards, le droit positif ne tire pas toutes les conséquences attendues d'une séparation des patrimoines notamment en raison du caractère subjectif de l'obligation, et à d'autres égards, les patrimoines spécialisés n'offrent pas toujours cette vertu de responsabilité limitée²⁰⁵⁸.

²⁰⁵² *Supra* n° 405.

²⁰⁵³ S. GUINCHARD, « *L'affectation des biens en droit privé français* », LGDJ., 1976, Préface R. NERSON, p. 339. - *Supra* n° 395.

²⁰⁵⁴ *Supra* n° 420, *Supra* n° 432 et s; *Supra* n° 448 et s.

²⁰⁵⁵ *Supra* n° 449.

²⁰⁵⁶ *Supra* n° 490 et s.

²⁰⁵⁷ *Supra* n° 399 et s.

²⁰⁵⁸ *Supra* n° 408 et s.

586. Dans ces conditions, l'instauration d'une autonomie patrimoniale pour l'entreprise unipersonnelle à travers la technique de la société unipersonnelle (et même à travers le statut de l'EIRL) constitue une institution isolée qui vient heurter de front la réalité du principe de l'unicité du patrimoine, sans offrir des justifications juridiques ou économiques valables.

En effet, si l'autonomie patrimoniale suppose une organisation institutionnelle efficace, la société unipersonnelle constitue un exemple de déréglementation. D'une part, la pluralité d'associés constitue une technique de contrôle mutuel et rend efficace la protection du patrimoine de l'entreprise alors que, dans la société unipersonnelle, les mérites de la théorie institutionnelle que celles de la personnalité morale se trouvent déplacés et vidés de leur consistance. D'autre part, la volonté du législateur est de simplifier l'organisation de la société unipersonnelle. Cette simplification est conforme à la taille des PME pour lesquelles la structure de la société unipersonnelle a été prévue et permet, essentiellement, d'encourager la création des entreprises. Toutefois, cela est contradictoire avec le fondement de l'autonomie patrimoniale, faute de pouvoir concilier la taille de l'entreprise avec les normes juridiques. Dans ces conditions, si la société unipersonnelle repose sur un langage uniquement comptable, son fonctionnement et la séparation des patrimoines sont laissés à la discrétion de l'associé unique. Aucun garde-fou n'est instauré pour inciter l'associé unique à la prudence. On s'en remet alors aux sanctions *a posteriori* qui frappent l'associé unique en faisant disparaître le bénéfice de la responsabilité limitée. Celle-ci est souvent remise en cause dans la pratique puisqu'elle est accordée sans justification valables. Ainsi, puisant leur raison d'être dans le principe naturel d'unicité du patrimoine, les lois économiques et la pratique des affaires ont, dans les réalités des choses, le dernier mot à dire et non le législateur.

En tout état de cause, plusieurs raisons, à la foi économiques, juridiques et pratiques, conduisent à critiquer l'admission de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. La doctrine favorable à l'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle mesure les avantages sans se préoccuper des inconvénients d'une telle institution. Pourtant, celle-ci est contraire tant à la notion de commerçant, qui se définit comme celui qui exploite à ses risques et périls, qu'à l'économie des transactions, dont l'importance repose sur la personnalité du débiteur. Il s'agit, ensuite, d'une institution qui défavorise les créanciers qui se trouvent dans une situation de faiblesse et ne connaissent pas les subtilités de la vie économique. La réussite ne repose plus sur l'existence de véritables projets mais sur l'aptitude de l'entrepreneur à manier les techniques juridiques pour organiser sa protection contre ses créanciers. En outre, il n'est pas satisfaisant de faire supporter par le monde économique des risques que l'entrepreneur refuse de courir lui-même. Enfin, il s'agit d'une institution dangereuse et, si la théorie de la fraude, la levée du

voile social et la confusion des patrimoines permettent d'en dessiner les limites, l'efficacité de celles-ci est de nature à révéler l'inutilité d'un tel montage juridique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

587. Au terme de cette étude, il reste à présenter un tableau d'ensemble des différents résultats auxquels nous avons été conduit. Quant à la question de qualification de la société unipersonnelle, notre conviction est faite : d'une part, il s'agit ni d'une société ni d'une personne morale car ni les éléments de qualification ni la structure d'une société ou d'une personne morale ne s'y rencontrent ; d'autre part, comme le relève un auteur²⁰⁵⁹, tout se passe comme s'il n'existait ni société ni personne morale. La société unipersonnelle apparaît dès lors comme la construction artificielle d'une séparation des patrimoines en faveur de l'entrepreneur individuel, alors que celui-ci ne doit pas en bénéficier en raison du principe de l'unicité du patrimoine.

Cette remise en cause conceptuelle nous a permis de dire ce que la société unipersonnelle n'est pas puis à préciser ce qu'elle est réellement. Au vrai, il est largement admis que la société unipersonnelle constitue, dans la réalité des choses, une technique de réalisation d'un patrimoine d'affectation et c'est pourquoi la question de sa validité doit se poser au regard des théories du patrimoine consacrées par le droit positif d'un point de vue non seulement théorique mais aussi technique. Plus clairement, la remise en cause conceptuelle nous a permis d'écarter les fausses questions pour entrer dans les vrais débats, lesquels se déroulent davantage sur ce même terrain réaliste qui a incité le législateur à créer récemment le statut de l'EURL. C'est, néanmoins, de ce point de vue réaliste que la société unipersonnelle est souvent contestée et cela nous a conduit également à remettre en cause la société unipersonnelle comme technique de séparation des patrimoines et de limitation de la responsabilité et des risques.

588. En effet, d'un point de vue juridique, l'entreprise individuelle, qui est soumise au principe d'unicité du patrimoine, dispose d'une organisation qui, pour autant, ne permet d'en faire ni un sujet de droit (une personne morale disposant d'un intérêt propre) ni un objet de droit (un patrimoine autonome). Dans l'entreprise individuelle, l'engagement de l'entrepreneur est total et illimité, de sorte que la différence est très importante avec la société unipersonnelle.

Certes, d'un point de vue comptable, la société unipersonnelle et l'entreprise individuelle disposent d'une organisation comptable permettant d'isoler le patrimoine de l'entreprise du patrimoine personnel de l'entrepreneur ou l'associé unique et les normes comptables s'appliquent identiquement à l'égard de l'entreprise individuelle et de la société unipersonnelle.

²⁰⁵⁹ M.-Th. CALAIS-AULOY, « *Appréciation critique de la loi du 11 juillet instituant l'EURL* » : D. 1986, chron. p. 249.

Cependant, la différence d'organisation entre les deux structures se manifeste sur deux points. D'une part, la société unipersonnelle est dans l'obligation de publier les comptes de l'entreprise comme contrepartie de la limitation de responsabilité. D'autre part, le respect de l'autonomie patrimoniale de l'entreprise unipersonnelle est une obligation pour l'associé unique, lequel encourt en cas de violation de cette obligation des sanctions non seulement pénales (spécialement en cas d'abus des biens sociaux) mais aussi civiles (en particulier le rétablissement de l'unicité du patrimoine en application des notions de fictivité ou de confusion des patrimoines).

Le législateur aurait cependant pu faire l'économie de la consécration de la société unipersonnelle en prévoyant simplement une obligation de publication des comptes pour les entrepreneurs désirant créer une entreprise individuelle à responsabilité limitée. Et si la loi a finalement créé le statut de l'EIRL, celui-ci, dont l'avenir reste incertain, implique d'inventer un nouveau droit fondé sur la relation entre patrimoines et non sur la relation entre personnes et l'on peut penser qu'il s'exposera aux mêmes critiques que la société unipersonnelle²⁰⁶⁰.

Le législateur aurait pu aussi faire l'économie de l'introduction de la société unipersonnelle et ne rien faire. En effet, le maître de l'affaire qui constitue une société fictive avec des hommes de paille a toujours le souci rationnel de séparer le patrimoine de la société fictivement créée de son patrimoine personnel afin de parfaire l'apparence et de profiter des avantages qui y sont attachés. En jurisprudence, la déclaration de fictivité demeure exceptionnelle et les juges acceptent de tenir pour valable la société dominée par une seule personne dès lors que ses associés ne sont pas de simples potiches et que le rituel social est scrupuleusement respecté²⁰⁶¹. La sanction des sociétés fictives constitue dès lors une technique efficace en ce qu'elle incite le maître d'affaire à respecter scrupuleusement l'autonomie patrimoniale de la société : agir en ayant conscience que l'apparence créée cache une œuvre illicite, c'est agir en connaissance de cause et incite à respecter l'apparence. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, il est toujours apparu qu'il valait mieux constituer une société fictivement pluripersonnelle afin de déjouer l'hostilité des juges et de la pratique des affaires à l'égard de la société unipersonnelle.

En tout état de cause, la société unipersonnelle bouleverse non seulement le droit des sociétés et celui des personnes morales, mais également tourne le principe d'unicité du patrimoine en renversant cette évidence selon laquelle c'est la comptabilité qui doit suivre la loi et non l'inverse. Ainsi, si la société unipersonnelle repose entièrement sur un fondement comptable, elle conduit à un bouleversement

²⁰⁶⁰ V. notamment *Supra* n° 576 et s.

²⁰⁶¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, « *Droit des sociétés* », Litec, 23^e éd., 2010, n° 147 et 148. – *Supra* n° 183.

critiquable. En effet, même d'un point de vue comptable, comme le dit un auteur, ce serait probablement commettre une grave erreur que de penser que le chiffre fait la loi. Les principes comptables, dans leur logique contemporaine, se préoccupent plus de questions de pouvoir que d'avoir²⁰⁶².

589. Dans ce cadre, il importe de souligner que la responsabilité limitée obéit à deux fondements largement admis.

D'une part, la responsabilité limitée suppose une autonomie patrimoniale efficacement contrôlée. Cette exigence technique trouve son fondement juridique dans la corrélation entre l'étendue du pouvoir et l'étendue de la responsabilité : à des pouvoirs illimités doit correspondre une responsabilité illimitée et, inversement, une responsabilité limitée suppose un pouvoir limité ou contrôlé, souvent dans l'intérêt des créanciers. Or, si la limitation de responsabilité suppose l'existence d'une organisation légale opératoire pour contrôler le respect de l'autonomie patrimoniale, l'unicité d'associé apparaît, à beaucoup d'égard, comme un instrument de fragilisation de cette organisation légale. Il est ainsi en matière de conventions réglementées. De même, la société unipersonnelle est prévue essentiellement pour les petites et moyennes entreprises et dès lors, la taille de l'entreprise fragilise le contrôle de l'autonomie patrimoniale en rendant non obligatoire, sous certaines conditions, la présence d'un commissaire aux apports ou d'un commissaire aux comptes. D'ailleurs, en raison de l'unicité d'associé, le rôle du commissaire aux comptes serait affaibli, surtout lorsque l'associé unique est lui-même gérant.

D'autre part, la limitation de responsabilité se justifie au regard de la garantie que constituent les capitaux propres et spécialement le capital social. Or, dans les sociétés unipersonnelles, le capital social, qui peut être fixé à un euro, perd totalement son rôle de garantie, ce qui conduit les établissements de crédit à demander à l'associé unique de se porter caution sur ses biens personnels. Le juge serait de même conduit à constater la fictivité de la société si le capital est dérisoire. De même encore, en cas de dépôt du bilan, l'associé unique supportera tout ou partie du passif s'il n'a pas scrupuleusement respecté la cloison étanche qui doit exister entre la société unipersonnelle et son patrimoine personnel ou s'il a commis des fautes de gestion. Aussi bien, sa qualification de gérant de fait sera plus aisée. Ainsi, il a été toujours dit et préconisé qu'il ne faut pas constituer une société unipersonnelle pour limiter sa responsabilité, alors même que c'est le seul intérêt attaché à une telle institution. La société unipersonnelle instaure ainsi un divorce entre le droit et le fait.

Dans ces conditions, l'associé unique paye très cher le luxe d'une lueur d'espoir, alors surtout que, d'un point de vue pratique, la société unipersonnelle

²⁰⁶² R. LIBCHABER, « *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007* » : Defrénois 2007, art. 38631, p. 38639.

présente aussi certains inconvénients à l'égard tant de l'entreprise que de l'entrepreneur associé unique.

Relativement à l'entreprise, en posant l'obligation de publier les comptes de l'entreprise, la technique de la société unipersonnelle peut porter atteinte aux secrets d'affaires, alors que le recours à cette forme d'organisation constitue, le plus souvent, un choix pour les petites et moyennes entreprises qui ont notoirement besoin de protéger leurs secrets commerciaux. De même, l'absence d'un capital minimum et raisonnable, prive l'entreprise de l'obligation de disposer des moyens nécessaires à son fonctionnement et à sa survie.

Relativement à l'associé unique, en contrepartie du mirage de la responsabilité limitée, celui-ci court le risque d'être condamné pour abus des biens sociaux, ce qui n'est pas rare. En outre, en sa qualité de caution des engagements de sa société, l'associé unique sera obligé indéfiniment et sur ses biens à venir alors que la liquidation de l'entreprise individuelle entraîne l'arrêt des poursuites individuelles contre l'entrepreneur²⁰⁶³.

Nous ne croyons pas avoir tout dit ni avoir dit des choses nouvelles, ce qui est certainement très rare. Nous ne croyons pas, non plus avoir toujours raison : *Errare humanum est, perseverare diabolicum*. Nous avons cependant eu cette ambition de dessiner un cadre dans lequel la notion de société unipersonnelle peut être comprise et discutée ou sur lequel son histoire peut toujours être réécrite.

²⁰⁶³ *Supra* n° 575.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), « *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil* », Paris, Dalloz, Sirey, 12^e éd., 2008.
- AUBERT (J.-L.), « *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil* », Paris, Armand Colin, 9^e éd., 2002.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), « *Cours de droit civil français* », t. IX, Paris, Litec, 6^e éd., 1953, par P. ESMEIN.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* », t. 6, Paris, éd. Marchal et Billard revue et augmentée, 4^e éd., 1873.
- BÉNABENT (A.), « *Droit civil. Les obligations* », Paris, Montchrestien 12^e éd., 2010.
- BENILLOUCHE (M.), CHAVRIER (A.-L.), DELAMARRE (M.) « *Leçons d'introduction au droit* », Paris, éd. Ellipses, 2009.
- BONASSIES (P.) et SCAPEL (Ch.), « *Traité de droit maritime* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 2010.
- BONNARD (J.), « *Droit des assurances* », Paris, Litec-LexisNexis, 3^e éd., 2009.
- BOURASSIN (M.), BRÉMONDM (V.) et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « *Droit des sûretés* », Paris, Sirey 2^e éd., 2010.
- CAPITANT (H.), « *De la cause des obligations (contrat, engagements unilatéraux, legs.)* », Paris, Dalloz, 1923.
- CARBONNIER (J.), « *Droit civil. Les biens. Les obligations* », Vol., II, Paris PUF, 1^e éd., 2004.
- CARBONNIER (J.), « *Droit civil* », t. 1, *Les personnes*, Paris, PUF, 21^e éd., 2000. coll. Thémis, droit privé.
- CARBONNIER (J.), « *Droit civil Introduction* », Paris, PUF, 25^e éd., refondue, 1997.
- CHAPUT (Y.), « *Droit du redressement judiciaire* », Paris, PUF, 2^e éd. 1990.
- CHARTIER (Y.), « *Droit des affaires* », t. 3, *Entreprises en difficulté, prévention, redressement, liquidation*, Paris, PUF, 1989.
- CHARTIER (Y.), « *Droit des affaires* », t. 1, *L'entreprise commerciale*, Paris, PUF 4^e éd. 1993.
- CONSTANTIN (A.), « *Droit des sociétés* », Paris, Dalloz, 4^e éd., 2010.
- CORBIER (I.), « *La notion juridique d'armateur* », Paris, PUF, 1999.
- COUTURIER (G.), « *Traité de droit de travail, 2/ les relations collectives de travail* », Paris, PUF, 2001.
- COZIAN (M.), DEBOISSY (FL.), « *Précis de fiscalité des entreprises* », Paris, Litec, 33^e éd. 2009-2010.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (FL.), « *Droit des sociétés* », Paris, Litec, 23^e éd., 2010 et 22^e éd., 2009.
- DE LAUZAINGHEIN (Ch.), NAVARO (J.-L.) et NECHELIS (D.), « *Droit comptable* », Paris, Dalloz, 3^e éd. 2004.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « *Droit commercial* », Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2007.
- DEMOGUE (R.), « *Traité des obligations en général* », t. 1. Paris, éd., Rousseau 1921.
- DEMOGUE (R.), « *Traité des obligations en général* », t. 1, *Source des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923.
- DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), « *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises* », Paris, Dalloz, 3^e éd., 1991.
- DESBOIS (H.), « *Le droit d'auteur en France* », Paris, Dalloz, 3^e éd., 1978.
- DIDIER (P.), « *Droit commercial* », t. 1, *introduction, l'entreprise individuelle*, Paris, PUF, 2^e éd., 1997.
- DIDIER (P.), « *Droit commercial* », t. 2, *L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, Paris, PUF, 3^e éd., 1999.
- DONDERO (B.), « *Droit des sociétés* », Paris, Dalloz, 2009.
- DUGUIT (L.), « *Traité de droit constitutionnel* », t. 1, Paris, E. de Boccard, 3^e éd., 1927.
- DUGUIT (L.), « *Traité de droit constitutionnel* », t. 1, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., 1921.
- ESCARRA (J.), « *Cours de droit commercial* », Paris, Sirey, 1952.
- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), « *Les obligations* », vol. 1. *L'acte juridique*, Paris, ed., A. Colin, Coll. U, 1980.

- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), «*Droit civil Les obligations*», 1. *L'acte juridique*, Paris, Dalloz Sirey, 14^e éd., par É. SAVAUX, 2010.
- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), «*Traité de droit civil, Les effets du contrat*», Paris, LGDJ., 3^e éd., 2001.
- GRIMALDI (M.), «*Droit civil Successions*», Paris, Litec, 6^e éd., 2001.
- GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), «*La qualification*», Lexique des termes juridiques, (Sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, Paris, Dalloz 14 éd., 2003.
- GUYON (Y.), «*Droit des affaires*», t. 2, *Entreprises en difficultés, redressement judiciaire-faillite*, Paris, Economica, 9^e éd., 2003.
- GUYON (Y.), «*Droit des affaires*», t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Paris, Economica, 12^e éd., 2003,
- HAMEL (J.), LAGARD (G.) et JAUFFRET (A.), «*Droit commercial*», t. 1, vol. 2, *Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques*, Paris, Dalloz, 2^e éd., par LAGARDE, 1980.
- HUET (J.), «*Les principaux contrats spéciaux*», sous la direction de Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ., 2^e éd. 2001.
- JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), «*Droit commercial*», Paris, Dalloz 6^e éd., 2003.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), «*Droit des assurances*», Paris, Dalloz, 13^e éd., 2011.
- LARROUMET (Ch.), «*Droit civil Les obligations Le contrat*», t. 3, 1^{re} partie, Paris, Economica, 6^e éd., 2007 et 3^e éd., 1996.
- LARROUMET (Ch.), «*Droit civil*», t. 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, Paris, Economica, 5^e éd. 2006.
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), «*Droit des sociétés*», Paris, Montchrestien, 3^e éd., 2009.
- LEFEBVRE (D.), MOLLARET-LAFORE (E.), GUITER (C.), ROBBEZ MASSON (C.), «*Droit et entreprise, aspects juridiques, sociaux, fiscaux*», Grenoble, PUG., 8^e éd., 2001-2002.
- LEFEBVRE (Fr.), *Mémento pratique Francis Lefebvre. Droit des affaires. Sociétés commerciales* Levallois, 2001.
- LEFEBVRE (Fr.), *Mémento pratique Francis Lefebvre. Sociétés civiles*, Paris 2000.
- MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), «*Les régimes matrimoniaux*», Paris, Defrénois 2004.
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P-Y.), «*Les contrats spéciaux*», Paris, Defrénois, 4^e éd., 2009.
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), «*Droit civil Les obligations*», Paris, Defrénois, 4^e éd., 2009.
- MALAURIE (Ph.), et AYNÈS (L.), «*Droit civil*», t. 2, *Les personnes, les incapacités*, Paris, CUJAS, 5^e éd., par Ph. MALAURIE, 2000.
- MALINVAUD (Ph.), «*Droit des obligations*», Paris, Litec, 10^e éd., 2007.
- MALINVAUD (Ph.), «*Introduction à l'étude du droit*», Paris, Litec, 12^e éd. 2008.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), «*Traité de droit civil*», t. 2, *Les obligations*, Paris, Sirey, 1^{ère} éd. 1962.
- MAZEAUD (A.), «*Droit du travail*», Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2008 et 7^e éd. 2010.
- MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), «*Leçons de droit civil*», t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 11^e éd., par F. CHABAS, 1996.
- MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), «*Leçons de droit civil*», t. 2, vol. 1, *Obligations Théorie générale*», Paris, Montchrestien, 9^e éd., par F. CHABAS, 1998,
- MERLE (P.) et FAUCHON (A.), «*Droit commercial Sociétés commerciales*», Paris, Dalloz, 14^e éd., 2010.
- MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et FAUSSURIER (A.), «*Lamy société commerciales*», Paris, Lamy 2010.
- MIAILLE (M.), «*Une introduction critique au droit*», Paris, éd. François Maspero, Paris, 1977.
- PÉDAMON (M.), «*Droit commercial*», *Commerçant et fonds de commerce Concurrence et contrats du commerce*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd. 1994 et 2^e éd., 2000.
- PÉLISSIER (J.), AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), «*Droit de travail*», Paris, Dalloz, 25^e éd., 2010.
- PÉROCHON (F.), BONHOMME (R.), «*Entreprise en difficulté Instrument de crédit et de paiement*», LGDJ., 8^e éd., 2009 et 4^e éd., 1999.
- PETIT (B.), «*Droit des sociétés*», Paris, Litec, 5^e éd. 2010.
- PIERRAT (E.), «*Le droit de l'auteur et l'édition*», Paris, Éditions Du Cercle de la Librairie, 1998.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), «*Traité de droit commercial*», t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, Paris, LGDJ., 19^e éd., 2009 et 18^e éd., par M. GERMAIN et V. MAGNIER, 2007.

- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), « *Traité de droit commercial* », t. 1, Vol. 1, *Commerçants, tribunaux de commerce, fonds de commerce, propriété industrielle, concurrence*, Paris, LGDJ., 18^e éd., par L. Vogel 2001.
- RIPERT (G.), ROBOLOT (R.), « *Traité de droit commercial* », t. 2, Paris, LGDJ., 17^e éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, 2004.
- RIVERO (J.), SAVATIER (J.), « *Droit du travail* », Paris, PUF Coll., Thémis, 13^e éd., 1993.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « *Droit des entreprises en difficulté* », Montchrestien, 4^e éd., 2001 et 6^e éd., 2009.
- SERLOOTEN (P.), « *Droit fiscal des affaires* », Dalloz, 10^e éd., 2011-2012.
- SERLOOTEN (P.), MONSÉRIÉ (M.-H.) et LIBERI (Y.), « *Les sociétés unipersonnelles* » : éd., Joly 2008.
- TERRÉ (F.), « *Introduction générale au droit* », Dalloz, 8^e éd. 2009.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 10^e éd., 2009.
- THALLER (E.-E.) et PERCEROU (J.), « *Traité élémentaire de droit commercial* », Paris, Rousseau et Cie, 8^e éd. 1931.
- TILQUIN (T.) et SIMONART (V.), « *Traité des sociétés* », t. 1, Belgique, Kluwer, éd. Juridiques 1996.
- *Vocabulaire juridique*, sous la direction de H. CAPITANT, PUF, 1936.
- WACHSMANN (P.), « *Qualification* », Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 1277.
- WAHL (A.), « *Précis théorique et pratique du droit commercial* », Paris, Sirey 1922.
- WALINE (M.), « *Traité élémentaire de droit administratif* », Paris, 6^e éd., 1950.

JURIS-CLASSEUR ET RÉPERTOIRES

- BLAISE (H.), Rép., sociétés, Dalloz, V° « *Apports* ».
- BOUGNOUX (A.), JurisClasseur Entreprise individuelle, 2006, Fasc. 975, V° « *Société d'exercice libéral par action simplifiée unipersonnelle (SELASU)* ».
- BREEN (E.), JurisClasseur administratif, Fasc. 165, V° « *Fondations* » :
- CHALARON (Y.), Rép. travail Dalloz, V° « *Contrat de travail (Modification de la situation juridique de l'employeur : C. trav., art. L. 122-12, al.2)* » :
- CHAPUT (Y.), JurisClasseur civil, article 1832 à 1844-17, Fasc. 11, V° « *Société, disposition générales – constitution de la société : apport* ».
- DAIGRE (J.-J.) et ROUSSILLE (M.), JurisClasseur sociétés 2000, Fasc. 82-10, V° « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* ».
- DAIGRE (J.-J.), « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* », Juris-Classeur, Société traité, 2000, Fasc. 82-10.
- DAIGRE (J.-J.), Rép. Sociétés Dalloz, 1999, V° « *Société fictive* ».
- De Saint-Affrique (J.-B.), Juris-Classeur civil, Code, Art. 902, Fasc. Unique, V° « *Donations et testaments (capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament)* ».
- DIDIER (P.) et SAINT-ALARY (B.), Rép. Sociétés Dalloz, V° « *Société* ».
- GIBIRILA (D.), Juris-Classeur Civil Code, Fasc. 80, V° « *Nullité de société, d'actes ou de délibérations* ».
- GIBIRILA (D.), Juris-Classeur, 2000, art. 1832 à 1844-17, Fasc. 11, V° « *Constitution de la société : apports* ».
- GIBIRILA (D.), Juris-Classeur, Société, 2000, Fasc. 10, V° « *Dispositions générales. Constitution de la société : contrat de société* »:
- GUYON (Y.), JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 20-10, Actualisé par A. MAIROT, V° « *Affectio societatis* ».
- IZORCHE (M.-L.), Juris-Classeur, Contrats – distribution, Fasc. 160, V° « *Circulation du contrat* ».
- LEGROS (J.-P.), Juris-Classeur Commercial, Fasc. 1105, V° « *Nullités des sociétés. Causes de nullité* ».
- MARTIN-SERF (A.), Juris-Classeur Sociétés, 2004. Fasc. 7-40, V° « *Consentement des parties. Sociétés fictive et frauduleuses* ».
- MASSART (Th.), Rép., sociétés, Dalloz, V° « *Contrat de société* ».
- OLSZAK (N.), Rep. sociétés Dalloz, V° « *Agriculture* », n° 528 : « *Exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL)* ».
- PICOD (Y.), AUGUET (Y.) et GOMY (M.), Rép. com. Dalloz, V° « *Concurrence* ».
- SERIAUX (A.), Répertoire civil, Dalloz, V° « *Patrimoine* ».

- SERLOOTEN (P.), Rép. Sociétés, Dalloz, V° « *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* ».
- WICKER (G.), Rép. civ. Dalloz, V° « *Personne morale* ».

II - THÈSES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

- ALIBERT (D.), « *Recherche d'une technique juridique d'organisation de l'entreprise individuelle* », thèse, Montpellier, 1978.
- ATIAS (Ch.), « *L'épistémologie juridique* », Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2002.
- ATIAS (Ch.), « *L'épistémologie juridique* », Paris, PUF, 1^{re} éd. 1985.
- AYNÈS (L.), « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », Paris, Economica, Préface Ph. MALAURIE, 1984.
- BAHANS (J.-M.), « *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique* », thèse Bordeaux IV, 1998.
- BAILLY-MASSON (Cl.), « *Autonomie de l'entreprise, enjeux et conditions* », thèse, Grenoble 1999.
- BARUCHEL (N.), « *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie* », Paris, LGDJ., Préface B. PETIT, 2004.
- BERGEL (J.-L.), « *Méthodologie juridique* », Paris, PUF, 1^{ère} éd. 2001.
- BERGEL (J.-L.), « *Théorie générale du droit* », Paris, Dalloz, 2^e éd. Collection méthode du droit 1989.
- BESBES (A.), « *La société unipersonnelle à responsabilité limitée en droit tunisien* », mémoire DEA, Perpignan 2000-2001.
- BLAISE (H.), « *L'apport en société* », thèse, Rennes, 1955.
- BLANLUET (G.), « *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherche au confluent du droit fiscal et du droit civil* », Paris, LGDJ., Préface P. CATALAT et M. COZIAN, 1999.
- BORÉ (L.), « *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires* », Paris, LGDJ., Préface G. VINEY 1997.
- BOULEZ (J.), « *Essai sur l'entreprise individuelle, La société unipersonnelle* », thèse, Lyon 1974.
- BOY (L.), « *L'intérêt collectif en droit français (réflexion sur la collectivisation du droit)* » thèse, Nice 1979.
- BOYER (L.), « *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif* », thèse, Toulouse, éd., Sirey 1947.
- CABRILLAC (R.), « *L'acte juridique conjonctif en droit privé français* », Paris, LGDJ., Préface Pierre CATALA, 1990.
- CALAIS-AULOY (J.) et MOUSSERON (J.-M.), « *Les biens de l'entreprise* », Paris, Librairies Techniques, Coll. Droit et gestion, 1972.
- CARBONNIER (J.), « *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* », Paris, LGDJ., 10^e éd., 2001 et 4^e éd. 1979.
- CARBONNIER (J.), « *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous les rapports des notions de société et d'association* », thèse, Bordeaux, 1932.
- CARRÉ DE MALBERG (R.), « *Contribution à la théorie général de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* », t. II, Paris, Sirey 1922.
- CATALA (N.), « *L'entreprise* », Paris Dalloz 1980.
- CHABAS (J.), « *De la déclaration de volonté en droit civil français* », thèse, Paris 1931.
- CHALLEIL (F.), « *L'entreprise et les notions de sujet de droit et de patrimoine. Étude de droit français, anglais et allemand* », thèse Montpellier I, 1974.
- CHAMPAUD (Cl.), « *Le pouvoir de concentration de la société par action* », Paris, Sirey 1962, Préface Y. LOUSSOUARN.
- CHAUVEL (P.), « *Le vice du consentement* », thèse, Paris II, 1981.
- CLEMENS (R.), « *Personnalité morale et personnalité juridique* », Paris, Sirey 1935.
- COCHET (D.), « *Le droit au bénéfice des associés* », thèse Paris 2, 2002.
- COHET (F.), « *Patrimoine et entreprise* », thèse Grenoble 1993.
- COLASSON (F.), « *Le patrimoine professionnel* », Limoges, éd., Pulim, Préface de B. PLAGNET et B. VAREILLE 2006.
- CONTIN (R.), « *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes* », Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1975.
- CORBIER (I.), « *La notion juridique d'armateur* », Paris, PUF, 1999.

- COSTEMALE (X.), « *L'intérêt de l'entreprise et jurisprudence sociale* », mémoire de DEA, 2000-2001.
- COSTINER (E.), « *La promesse publique de récompense* », thèse, Paris, 1924.
- COULOMBEL (P.), « *Le particularisme de la condition juridique des personnes morale de droit privé* », thèse, Nancy éd., imprimerie moderne, Préface P. DURAND 1950.
- CREDA « *L'entreprise personnelle* », t. 2 : *critique et prospective* », sous la direction de A. SAYAG, Paris, Librairies techniques, 1981.
- CREDA, « *L'entreprise personnelle* », t. 1, *Expérience européenne*, sous la direction de A. SAYAG et C. JAUFFRET-SPINOSI, Paris : Librairies techniques, 1978.
- CREDA, « *l'EURL Droit, pratique et prospective* », sous la direction d'Y. CHAPUT et A. LÉVI, Litec, 2003.
- CUISINIER (V.), « *L'affectio societatis* », Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Préface A. MARTIN-SERF, 2008.
- CUTAJAR-RIVIERE (Ch.), « *La société écran essai sur sa notion et son régime juridique* », LGDJ., Préface P. DIENER, 1998.
- DE MUNAGORRI (R.-E.), « *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels* », LGDJ., Préface A. LYON-CAEN, 1996.
- DE PINHO E ALMEIDA (L.-T.), « *La société unipersonnelle Droit français et de droit comparé* », thèse, Nice 1972.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES (Gabriel de Labroue), « *Les personnes morales* », LGDJ., 1919.
- DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.P.), « *Essai sur la notion juridique d'exploitation* », thèse Paris, 1955.
- DELNOY (P.), « *Éléments de méthodologie juridique 1. Méthodologie de l'interprétation juridique 2. Méthodologie de l'application du droit* », Bruxelles 3^e éd. Larcier, Coll. De la faculté de droit de l'Université de Liège, 2008.
- DELNOY (P.), « *Éléments de méthodologie juridique 1. Méthodologie de l'interprétation juridique 2. Méthodologie de l'application du droit* », 3^e éd. Larcier, Coll. de la faculté de droit de l'Université de Liège. 2008
- DELNOY (P.), « *Initiation aux méthodes d'application du droit* », vol. 1, Presses universitaires de Lièges, 1989-1990.
- DESPAX (M.), « *L'entreprise et le droit* », LGDJ, sous la direction de G. MARTY, 1956.
- ELIAS (R.), « *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale* », thèse, Paris, 1909.
- ESCHMANN (A.), « *La constitution des sociétés et le droit commun des contrats* », thèse, Nancy, II, 1979.
- EZRAN-CHARRIÈRE (N.) « *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'union européenne* », Paris, LGDJ., préface de J. FOYER, 2002.
- FABRE (A.), « *Le régime du pouvoir de l'employeur* », LGDJ., Préface A. LYON-CAEN, 2010.
- FARJAR (G.), « *Droit économique* », PUF., 2^{ème} éd. Coll. Thémis, 1972.
- FAVARIO (Th.), « *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français* », thèse, Lyon 2004.
- FIORINA (D.), « *Obligations aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales* », thèse, Toulouse 1, 1984.
- GAILLARD (É.), « *Le pouvoir en droit privé* », Paris, Economica, Préface G. CORNU, 1985.
- GASTAUD (J.-P.), « *Personnalité morale et droit subjectif: Essai sur l'influence du principe de la personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés* », LGDJ., Préface J.-P. SORTAIS, 1977.
- GAUDEMET (E.), « *Etude sur le transport de dettes à titre particulier* », thèse, Paris, éd., A. Rousseau, 1898.
- GAZIN (H.), « *Essai critique sue la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Dijon, éd., Rousseau 1910.
- GÉNY (F.), « *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la science Juridique* », t. 3, *Elaboration technique au droit positif*, Paris, éd., L. Tenin, 1921.
- GENY (F.), « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* », t. 1, Paris, LGDJ, 2^e éd., préface de R. SALEILLES, 1919.
- GOBERT (M.), « *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle* », thèse, Paris, éd., Sirey 1957.
- GOLDIE-GENICON (Ch.), « *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* », Paris, LGDJ., Préface d'Y. LEQUETTE 2009.
- GOLDIE-GENICON (Ch.), « *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* », Paris, LGDJ., Préface Y. LEQUETTE, 2009.

- GOMAA (N.), « *Théorie des sources d'obligations* », Paris, LGDJ., Préface J. CARBONNIER, 1968.
- GOUBEAUX (G.), « *La règle de l'accessoire en droit privé* », Paris, LGDJ., Préface de Denis Tallon, 1969.
- GRANGER (D.), « *La société unipersonnelle, technique d'organisation de l'entreprise individuelle* », thèse, Rennes 1976.
- GRIMALDI (C.), « *Quasi-engagement et engagement en droit privé Recherches sur les sources de l'obligation* », Defrénois, Préface Y. LEQUETTE, 2007.
- GROSS (B.), « *La notion de l'obligation de garantie dans le droit des contrats* », Paris, LGDJ., 1963.
- GRUNZWEIG (S.-F.), « *Le fonds de commerce et son passif propre* », Paris, LGDJ., Préface Maximilien PHILONENKO 1938.
- GUINCHARD (S.), « *L'affectation des biens en droit privé français* », Paris, LGDJ., Préface R. NERSON, 1976.
- H. SPETH (F.), « *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne* », thèse, Paris, 1957, éd. LGDJ-Descoer, Paris-Liège, Préface. M. PHILONENKO, 1958.
- HAURIOU (M.), « *Principes de droit public* », Paris Sirey 1^{ère} éd. 1910.
- HAUSER (J.), « *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique* », Paris, LGDJ., Préface P. RAYNAUD 1971.
- HIEZ (D.), « *Etude critique de la notion du patrimoine en droit privé actuel* », Paris, LGDJ., Préface Ph. JESTAZ, 2003.
- HOGOT (J.) et RICHARD (J.), « *Les sociétés unipersonnelles* », Paris, Litec, 1985.
- IHERING (R. Von), « *L'esprit du droit romain* », t. IV, trad., par O. DE MEULENAERE, Paris, 3^e éd., Marescq 1880.
- IHERING (R. Von), « *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* », t. III, *Système du droit strict*, traduit par O. de Meulenaère, Paris, éd., A. Marescq aîné, 3^e édition, 1878.
- ILGEN (H.-M.), « *La société unipersonnelle en droit français* », thèse, Paris 1969.
- IZORCHE (M.-L.), « *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain* », thèse Aix-Marseille 1991.
- JAMIN (Ch.), « *La notion d'action directe* », Paris, LGDJ., Préface de J. GHESTIN, 1991.
- JANVILLE (Th.), « *La qualification juridique des faits* », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- JOSSERAND (L.), « *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé* », Paris, Librairie Dalloz, in « *Essai de téléologie juridique* », II, 1928.
- Kelsen (H.), « *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* », Bruylant, LGDJ., 1997.
- LAPP (Ch.), « *Essai sur la cession de contrat synallagmatiques à titre particulier* », thèse, Strasbourg, Préface J. RADOUANT, 1950.
- LARROUMET (Ch.), « *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé* », thèse, Bordeaux, 1968.
- LAURIOL (M.), « *La subrogation réelle* », Paris, Sirey, Préface A. BRETON, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université d'Alger, 1954.
- LE FLOCH (P.), « *Le fonds de commerce Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles* », Paris, LGDJ., 1986.
- LE GAC (N.), « *Protection du patrimoine et risques liés à l'entreprise : l'obligation aux dettes sociales* », thèse, Nantes 1995.
- LE NABASQUE (H.), « *Le pouvoir dans l'entreprise Essai sur le droit d'entreprise* », thèse, Rennes 1986.
- LECOURT (B.), « *L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements* », Paris, LGDJ., Préface G. GUYON, 2000.
- LÉGAL (A.) et BRËTHE DE LA GRESSAYE (J.), « *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées* », Paris, Sirey, 1938.
- LESCOT (P.), « *Essai sur la période constitutive des personnes morales en droit privé* », thèse, Dijon, 1913.
- MAIRA-LAMAS (O.), « *La cession de contrat en droit comparé* », thèse, Paris, 1960.
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), « *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil* », thèse, Toulouse 1949, éd. SIREY, Préface de P. RAYNAUD 1951.
- MASQUELIER (F.) et DE KERGUNIC (N.-S.), « *Société par actions simplifiée* », Paris, Delmas, DALLOZ, 2000.
- MATHEY (N.), « *Recherche sur la personnalité morale en droit privé* », thèse, Paris II, 2001.
- MAURY (J.), « *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français* », thèse, Toulouse 1920.

- MEKKI (M.), « *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », Paris, LGDJ., préface de J. GHESTIN, 2004.
- MICHOU (L.), « *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français* », t. 1 et 2, LGDJ., 1906-1909, 2^e éd., par L. TROTABAS, 1924.
- MOURGEON (L.), « *Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français* », thèse, Paris, 1934.
- MOUTHIEU (M.-A.), « *L'intérêt social en droit des sociétés* », Paris, L'Harmattan, coll. études Africaines, Préface P.-G. POUGOUE, 2009.
- NIBOYET (J.-P.), « *Cour de droit international privé français* », Paris, Sirey 2^e éd., 1949.
- OHL (D.), « *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe* », Paris, Librairies techniques, 1982.
- OPPETIT (B.), « *Les rapports des personnes morales et de leurs membres* », thèse, Paris, 1963.
- OUACHEM (R.), « *Essai sur le capital social comme instrument de garantie des créanciers* », thèse Bordeaux IV, 2003.
- OVERSTAKE (J.-F.), « *Essai de classification des contrats spéciaux* », Paris, LGDJ., 1969.
- PAILLUSSEAU (J.), « *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise* », Paris, éd., Sirey, Préface M.-Y. Loussouarn, 1967.
- PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.), PEYRAMAURE (Ph.), « *Cession d'entreprise* », Paris, Dalloz, 1993.
- PARTYKA (P.), « *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français* », thèse, Montpellier, 2004.
- PASTRÉ-BOYER (A.-L.), « *L'acte juridique collectif en droit privé français. Contribution à la classification des actes juridiques* », Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Préface R. CABRILLAC, 2006.
- PEGLOW (K.), « *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés* », Paris, LGDJ., Préface J.-B. BLAISE, 2003.
- PERCEROU (R.), « *La personne morale de droit privé, Patrimoine d'affectation* », thèse, Paris, 1951.
- PERELMAN (C.), « *Logique juridique, nouvelle rhétorique* », Paris, Dalloz, 2^e éd., 1979.
- PERROT (A.), « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : la société unipersonnelle* », thèse, Paris I, 1990.
- PERROT (R.), « *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques* », thèse, Paris, éd., Sirey, 1947.
- PERROT (S.), « *Les EARL* », thèse, Paris I, 1992.
- R. GARY, « *Essai sur les notions d'universalité de droit et d'universalité de fait dans leur état actuel* », thèse, Bordeaux, 1930, et éd., Sirey, Préface J. BONNECASE, 1932.
- RAAD (N.-F.), « *L'abus de la personnalité morale en droit privé* », Paris, LGDJ., Préface F. TERRÉ, 1991.
- RAYNAUD (P.), « *La nature juridique de la dote, essai de contribution à la théorie général du patrimoine* » thèse, Toulouse, 1934.
- RIEG (A.) « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* », Paris, LGDJ., Préface de R. PERROT, 1961.
- RIPERT (G.), « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », Paris, LGDJ., 1946 et 2^e éd., 1951.
- RIPERT (G.), « *Les forces créatrices du droit* », Paris, LGDJ., 2^e éd., 1955.
- ROUBIER (P.), « *Droits subjectifs et situations juridiques* », Paris, Dalloz, 1963.
- ROUBIER (P.), « *Théorie générale de droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophies des valeurs sociales* », Paris, Sirey, 2^e éd. 1951.
- ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « *Essai sur l'acte juridique collectif* », thèse, Toulouse, éd. LGDJ., 1961.
- SALEILLES (R.), « *De la personnalité juridique. Histoire et théorie* », Paris, Rousseau, Préface H. Capitant 2^e éd., 1922.
- SALEILLES (R.), « *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand* », Paris, éd., F. Pichon, 1890.
- SALEILLES (R.), « *Étude sur la théorie générale de l'obligation* », Paris, éd. La mémoire du droit, 3^e éd., 1914.
- SCHILLER (S.), « *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés Les connexion radicales* », Paris, LGDJ., Préface F. TERRÉ, 2002.
- SCHMIDT (D.), « *Le conflit d'intérêts dans la société anonyme* », Paris, éd., Joly, 1999.

- SCHRAMECK (J.), « *De la cause de non-rétablissement dans les vente de fonds de commerce* », thèse, Paris, 1941.
- SERLOOTEN (P.), « *EURL l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* », Paris, éd. Joly, 1994.
- SERLOOTEN (P.), M.-H. MONSÈRIÉ et Y. LIBERI, « *Les sociétés unipersonnelles* » : Paris, éd., Joly 2008.
- SIMONART (V.), « *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratique –Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et suisse* », Bruylant-Bruxelles, Préface P. VAN OMMESLAGHE, 1995.
- SOUCI (G.), « *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales* », thèse Lyon 1974.
- STAMATIS (C.-M.), « *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique* », Paris, éd. Publisud 1995.
- TARDE (G.), « *Les transformations du droit* », 2^e éd., 1893, ouvrage réédité, par Berg International, coll. *Histoire des idées*, 1993.
- TCHAGAM (M.), « *L'évolution des fondements de la société : du groupement de personnes organisé au groupement de biens affecté* », thèse, Grenoble, 1994.
- TCHOTOURIAN (I.), « *L'affectio societatis, critère de validité et de qualification du contrat de société* », thèse, Nancy 2, 2007.
- TERRÉ (F.), « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* », LGDJ., 1956.
- TERRÉ (F.), « *Volonté et qualification* », APD, t. 4, *Le rôle de la volonté dans le droit*, Sirey, 1957.
- TRUSKOLASKI (M.), « *La légitimité du motif économique de licenciement (contribution à l'étude sur la cause justificative)* », thèse, Cergy-Pontoise, 2008.
- VAILLANT MAILLOT (B.), « *La notion d'entreprise en droit fiscal des affaires* », thèse Toulouse 1996.
- VAN STEENBERGHEN (F.), « *Épistémologie* », Louvain, Publication universitaires de Louvain, et Éd. Béatrice-Nauwelaerts, Paris, 3^e éd., 1956.
- VEAUX (D.), « *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales* », thèse, Rennes, 1947.
- VERSCHAVE (J.-P.), « *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine* », thèse, Lille, 1984.
- VIANDIER (A.), « *La notion d'associé* », Paris, LGDJ., Préface F. TERRÉ, 1978.
- VIGNON (L.), « *Le principe de la spécialité et les êtres collectifs* », thèse, Paris, 1903.
- VILLANT (B.), « *La notion de l'entreprise en droit fiscal des affaires* », thèse, Toulouse, 1996.
- WEILL (A.), « *Le principe de la relativité de la convention* », thèse, Strasbourg, 1938.
- WICKER (G.), « *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* », Paris, LGDJ., Préface J. AMIEL-DONAT 1997.
- WORMS (R.), « *De la volonté unilatérale considérée comme une source d'obligations en droit romain et en droit français* », thèse, Paris, 1891.
- YANNAKOUROU (S.), « *L'État, l'autonomie collective et le travailleur, Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale* », Paris, LGDJ., Préface A. LYON-CAEN 1995.

III - ARTICLES

- ALFANDARI (E.), « *Association et société : points de rencontre* » : Petites affiches 24 avril 1996, n° 50, p. 47.
- ALFANDARI (E.) et JEANTIN (M.), « *Possibilité pour une association d'être associé unique d'une EURL* » : RTD com., 1995, n° 19, p. 809.
- ALFANDARI (E.) et JEANTIN (M.), « *Exploitation agricole à responsabilité limitée. Loi du 11 juillet 1985* » : RTD com., 1986, p. 103, n° 1.
- ALTIDE (W.), « *Sociétés unipersonnelles (EURL et SASU) dirigées par leur associé unique personne physique. La fin de l'exigence de l'établissement du rapport annuel de gestion* » : JCP N 2009, n° 1323, p. 36.
- AMANN (B.), « *Intérêts juridiques et fiscaux de la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : Petites affiches 1^{er} et 2 août 1986, n° 92 et 4 août 1986, n° 93, p. 68 et p. 41.
- AMBLARD (C.), « *Des nouveaux cadres juridiques pour l'exercice du sport professionnel en France* » : Revue juridique et économique du sport, 2001, n° 59, p. 43.
- ANTONMATTEI (P.-H.), « *Le motif économique du licenciement : les limites du contrôle judiciaire* » : RJS 2001, p. 95.

- A.P.S., « *La loi du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée* » : Gaz. Pal. 1986, p. 4.
- ASTRUC (J.-F.), « *La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier* » : D. 2002, chron., p. 908.
- ATIAS (C.), « *La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face* » : RRJ, 1987-2, p. 477.
- AUGUET (Y.), « *La légitimité de la clause de non concurrence en droit de travail* » : Petites affiches 24 juin 1998, n° 75, p. 14.
- AUNEAU (G.), « *Les aspects juridiques de la gestion économique des clubs sportifs professionnels : l'adoption d'une nouvelle loi* » : JCP G 2000, I, n° 216, p. 565.
- AUSSÉDAT (J.), « *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation* » : Rev. sociétés 1974, p. 221.
- AUSSÉDET (J.), « *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. III. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* », Petites affiches, 23 mai 1980, n° 62, p. 13 et 26 mai 1980, n° 63, p. 3.
- AUTEM (D.), « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : Defrénois 2004, art. 37890, p. 327.
- AVENA-ROBARDET (V.), « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : D. 2003, p. 1898.
- AYNÈS (L.), « *Rôle du cédé* » : D. 1998. chron., p. 25.
- AZARIAN (H.), et SAINTOURENS (B.), « *Les réformes touchant le statut de l'artisanat par la loi de modernisation de l'économie* » : JCP E 2008, n° 2227, p. 18.
- BA BADJANG (B.), « *La légalité de la société unipersonnelle d'exercice libéral* » : Gaz. Pal. 1999. 2. 1285.
- BAILLY-MASSON (Cl.), « *La fictivité, une épée de Damoclès disparue ?* » : Petites affiches 24 janvier 2000, n° 16. p. 4.
- BAILLY-MASSON (Cl.), « *Les aménagements à envisager pour rendre l'EURL plus attractive* » : Petites affiches 19 juin 2000, n° 121, p. 4.
- BARANGER (G.), « *Associé unique ne succombez pas à la simplification* » : Bull. joly 2005, § 288, p. 1298.
- BARANGER (G.), « *Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la SAS unipersonnelle* » : Bull. joly 1999, § 197, p. 831.
- BARBIÈRI (J.-F.), « *Droit de l'ancien associé d'une société liquidée sur une créance sociale* », à propos de Cass. com., 5 mai 2009 : Rev. sociétés 2009, n° 3, p. 575.
- BARTHÉLÉMY (J.), « *L'harmonisation du statut social des travailleurs indépendants sur celui des salariés ou l'extension de la règle des 19% aux travailleurs non salariés* » : JCP E 1994, n° 28 et 29.
- BARTHELEMY (J.), « *Turbulences entre droit des sociétés et droit du travail* », JCP G 1987, I, 3311.
- BASTIDE (J.), « *Associations : quelques enjeux majeurs* » : Petites affiches 24 avril 1996, n° 50, p. 31.
- BERDIN (J.-D.), « *Au-delà de l'EURL ?* » In *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires. A propos des structures juridiques de l'entreprise, CREDA 1968-1988 : Cahier du droit de l'entreprise*, 8 février 1990, n° 1, p. 24 et s.
- BERGERAC (M.) et BERNARD (A.), « *Fantaisie à deux voix* » : D. 2000, p. 318.
- BERLIOZ (P.), « *L'insaisissabilité d'une chose peut porter atteinte au droit de propriété des créanciers de son propriétaire* » : Petites affiches, 9 janvier 2008, n° 7, p. 10.
- BERMOND DE VAULX (J.-M.), « *Le spectre de l'affectio societatis* » : JCP E 1994, I, n° 346.
- BERMOND DE VAULX (J.-M.), « *À propos d'une notion exaltée de l'affectio societatis* » : Dr. sociétés 1993, n° 4, p. 1.
- BERMOND DE VAULX (J.-M.), « *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* » : JCP E, 15921, n° 1, n° 4.
- BERNARD-MENORET (R.) et FRAISSINIER-AMIOT (V.), « *Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail* » : Petites affiches, 05 mars 2009, n° 46, p. 102.
- BERT (D.), « *La nouvelle physionomie de la déclaration d'insaisissabilité après la LME* », Dr. et patrimoine, 2009, n° 181, p. 44.
- BERTREL (J.-P.), « *Liberté contractuelle et sociétés* » : RTD com., 1996, p. 595.
- BERTREL (J.-P.), « *La gestion de trésorerie au sein des groupes de sociétés* » : RJDA 7/1992, p. 539.
- BICHOT (N.) et VAN DEN BROEK D'OBRENAN (Ch.-N.), « *L'apporteur peut-il voter l'apport en nature fait à la SASU dont il est l'actionnaire unique (C. com., art. L. 225-10)* » : Bull. joly 2010, § 145, p. 694.

- BILLIAU (M.) « Cession de contrat ou « délégation » de contrat ? (Étude du régime juridique de la prétendue « cession conventionnelle de contrat ») » : JCP G 1994, I, 3758.
- BISSARA (P.), « L'intérêt social » : Rev. sociétés 1999, p. 5.
- BLAISE (J.-B.), « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité » : RTD com., 1966, p. 827.
- BLANC (G.), « Les frontières de l'entreprise en droit commercial (Brève contribution...) » : D. 1999, chron., p. 415.
- BOIZARD (M.), « La société par actions simplifiée : une nouvelle structure pour les PME » : D. Affaires 1999, p. 957.
- BOLZE (C.), « La notion d'entreprise en droit communautaire » : RJ com., 1987, n° spec., n° 65.
- BONNEAU (Th.), « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil » : RTD civ., 1991, p. 1.
- BONNEAU (Th.), « De la multiplication des sociétés unipersonnelles » : Dr. sociétés, octobre 1999, n° 144, p. 11.
- BONNEAU (Th.), « Retour en arrière (ou révolution ?) : les dividendes participent à nouveau de la nature de fruits (civils ?) » : Dr. sociétés 2000, chron., 1.
- BONNEAU (Th.), « L'associé unique d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée peut-il être une association déclarée ? » : Dr. sociétés avril 1995, chron., n° 5, p. 3.
- BORONAD-LESOIN (E.), « La survie de la personnalité morale dissoute » : RTD com., 2003, p. 1.
- BOUAZIZ (P.), « Du pouvoir souverain vers un droit disciplinaire » : Dr. ouvrier 1982, p. 449.
- BOUDINEAU (Ch.), « La loi Madelin : quelle avancée pour les professions non salariés » : Petites affiches, 27 octobre 1995, n° 129, p. 10.
- BOUDINEAU (Ch.), « La création d'entreprise : quels sont les choix ? » : Petites affiches 14 août 1996, n° 98, p. 13.
- BOUDINEAU (Ch.), « Les contrats de retraite et de prévoyance issus de la loi Madelin : quel bilan » : Petites affiches 30 juillet 2001, n° 150, p. 4.
- BOUDINEAU (Ch.), « Quelle protection contre le chômage pour les travailleurs indépendants » : Petites affiches 6 mars 2001, n° 46, p. 8.
- BOUDINEAU (Ch.), « Salarié ou non-salarié : quel statut social choisir pour un travailleur indépendant ? » : Petites affiches 14 septembre 2000, n° 184, p. 4.
- BOUILLOUX (A.), « La survie de la personnalité morale pour les besoins de liquidation » : Rev. sociétés 1994, p. 393.
- BOURSIER (M. -E.) « Le fait justificatif de groupe dans l'abus des biens sociaux » : Rev. sociétés 2005, p. 273.
- BOURUET-AUBERTOT (I.), « La cession de contrat : bilan et perspectives » : D. Affaires 1999, p. 578.
- BOUTEILLER (P.), « Les nouvelles mesures de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel » : JCP E 2003, n° 1359, p. 1517.
- BOUTIRON (X.), « La fiducie, technique de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? » : Dr. et patrimoine, mars 2010, n° 190, p. 60.
- BRAMAT (E.), « Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'article 1844-5 du Code civil par la loi NRE » : Bull. joly 2002, § 41, p. 181.
- BRËTHE DE LA GRESSAYE (J.), « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise » : Dr. social 1960, p. 633.
- BRICHET (R.), « La loi de 1901 : succès et dévoiement d'une alerte centenaire » : Dr. sociétés juin 2001, chron. n° 12.
- BROCARD (E.), « De l'utilité de constituer une SARL ? » : Rev. sociétés 2004, p. 825.
- BRUN (A.), « Le lien d'entreprise », JCP G 1962, I, 1719.
- BUTTET (E.), « Procès verbal de décisions de l'associé unique d'EURL » : Bull. joly 1989, § 99, p. 295.
- CABRILLAC (M.) : JCPE 1994, I, 375, n° 3.
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.), JCP E 1999, I, p. 455, n° 4.
- CABRILLAC (M.) et PÉTEL (P.), « Le printemps des sûretés réelles » : Petites affiches 14 septembre 1994, n° 110.
- CABRILLAC (M.) et PÉTEL (P.), « Le liquidateur peut réaliser la résidence principale de l'entrepreneur en dépit d'une déclaration d'inopposabilité, dès lors qu'il existe des créanciers auxquels cette déclaration est inopposable, note sous Cour d'appel d'Orléans, 15 mai 2008 » : JCP E 2009, n° 1008, p. 28

- CABRILLAC (M.) et TEYSSIÉ (B.), « Protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel et de la caution » : RTD com., 1994, p. 329.
- CABRILLAC (R.), « Le passif professionnel : l'efficacité des parades légales pour protéger le patrimoine familial » : JCP N 2009, n° 1189, p. 32.
- CAILLAUD (B.) et BONNASSE (A.), « Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes » : JCP E 1998, p. 595.
- CALAIS-AULOY (M.-Th.), « Appréciation critique de la loi du 11 juillet instituant l'EURL » : D. 1986, chron. p. 249.
- CALANDINI (J.-M.) : Petites affiches 5 juillet 1995, p. 37, n° 8 et s.
- CALENDINI (J.-M.), « Nature et portée de l'engagement du cessionnaire de payer une créance non déclarée dans le redressement judiciaire du débiteur-cédant », à propos de Cass. com. 3 janvier 1995 : Petites affiches, 5 juillet 1995, n° 80, p. 37.
- CABBASSÉDÈS (M.-J.), « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », Rev. Sociétés 1976, p. 431.
- CAMERLYNCK (G.-H.), « Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? (à propos d'un récent arrêt de la Cour de cassation) » : D. 1978, chron. p. 269.
- CASEY (J.), « L'insaisissabilité du logement dans la loi du 1^{er} août 2003 : aspects de droit des régimes patrimoniaux » : Rev. juridique personne et famille 2003, n° 12, p. 6.
- CAUSSAIN (J.-J.), « Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs » : JCP E 1999, n° 42, p. 1664.
- CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.): JCP G 2006, n° 8, p. 356.
- CERATI-GAUTHIER (A.), « La déclaration d'insaisissabilité à l'épreuve des procédures collectives » : Annales des loyers 2010, n° 4, p. 887.
- CERATI-GAUTHIER (A.), « Les dividendes sont toujours des fruits » : Revue Lamy droit des affaires, 2007, n° 13, p. 10.
- CHAMPAUD (Cl.), « Contribution à la définition du droit économique » : D. 1967, chron., p. 215.
- CHAMPAUD (Cl.), « Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler) » : RJC. 1986, p. 161.
- CHAMPAUD (Cl.), Rev. sociétés 1969, p. 993 et s.
- CHAMPAUD (Cl.) : RTD com., 1967, p. 175 ; Ibid., 1969, p. 991 ; Ibid., 1989, p. 469 ; Ibid., 1991, p. 400 ; et Ibid., 1994, p. 56.
- CHAMPAUD (Cl.) : obs. RTD com., 1981, n° 3, p. 759.
- CHAMPAUD (Cl.), « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle » : Rev. soc. 2000, p. 78.
- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), « Sociétés unipersonnelles, projet de création d'une société anonymes unipersonnelle » : RTD com., 2005, p. 741.
- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), « EURL. Approbation des comptes sociaux lorsque le gérant est l'associé unique » : RTD com., 2007, p. 161.
- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.) : RTD com., 2009 p. 742.
- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), « EURL. Approbation des comptes sociaux lorsque le gérant est l'associé unique (Décret n° 2006-1566 du 11 déc. 2006, JO 12 déc.) » : RTD com., 2007 p. 161.
- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), « Réforme de la SAS. Introduction d'une société par actions simplifiée unipersonnelle » : RTD com., 1999, p. 872.
- CHAMPAUD (Cl.) et LE FLOCH (P.), « Définition de la société. Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 » : RTD com., 1986, p. 251 ; « Personnalité morale. Evolution du concept. Loi du 11 juillet 1985 » : Ibid., p. 252 ; « Modification de la loi du 24 juillet 1966. Création de l'EURL » : Ibid ; « Responsabilité aux dettes sociales. La loi du 11 juillet 1985. Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : Ibid., p. 254.
- CHAMPAUD (Cl.) et LE FLOCH (P.) : RTD com., 1989, p. 469 et s, n° 1 et 2.
- CHAPUT, (Y) « Absence d'annulation d'une société anonyme dont l'objet réel est illicite », à propos de l'arrêt *Marleasing SA de la CJCE* du 13 novembre 1990 : Rev. sociétés 1991, p. 532.
- CHARTIER (Y.), « L'évolution de l'engagement des associés » : Rev. sociétés 1980, p. 1, n° 41.
- CHARTIER (Y.), « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 » : JCP G 1978, 2917, note 124.
- CHAUVEAU (P.), « Le fonds de commerce-patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre » : D. chron. 1939, p. 37.

- COHET-CORDEY (F.), « *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif* » : RTD civ., 1996, p. 819.
- COMANGES (L.), « *Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives* » : Bull. joly 2003, § 2, p. 12.
- CONAC (P.-H.), « *Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)* » : Bull. joly 1999, § 133, p. 607.
- CONTIN (R.), HOVASSE (H.), « *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexion sur les finalités d'une organisation juridique des groupes* » : D. 1971, chron., p. 197.
- COQUELET (M.-L.), « *EURL versus EURL* » : Dr. sociétés 2010, n° 5, repère 5.
- COQUELET (M.-L.), « *Les ressemblances sont souvent trompeuses : la transmission universelle pour cause de réunion des parts sociales n'est pas une fusion !* » : Bull. joly 2003, § 211, p. 969.
- CORNU (C.) : RTD civ. 1973, p. 147.
- CORRIGNAN-CARSIN (D.), « *Validité des clauses de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » : Dr. social 1992, p. 967.
- COUDERT (J.L.), « *Le transfert des crédits en vertu de l'article 93, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985* » : Petites affiches 1999, n° 2, p. 5.
- COURET (A.), « *Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse de droit des sociétés* » : Rev. sociétés 1984, p. 423.
- COURGUES (J.-Cl.), « *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée* » : JCP C.I 1980, I, n° 13258, p. 157, spéc., n° 167, n° 40.
- COUTURIER (G.), « *Le licenciement de compétitivité* » : semaine sociale Lamy 23 janvier 2006, n° 1245, p. 8.
- CREMIEUX (M.), « *Les obligations des associés envers les tiers dans les sociétés civiles* » : JCP G 1973, I, 2552.
- CRONE (R.), « *La constitution des fondations reconnues d'utilité publique, de quelques aspects civils* » : Petites affiches, 24 avril 1996 n° 50, p. 81
- CROZE (H.), « *Un entrepreneur individuel peut déclarer insaisissables tous ses immeubles à usage non professionnel* » : Procédures 2008, n° 11, comm. 305, p. 22.
- CUTAJAR-RIVIÈRE (Ch.), « *De l'EURL. À la SASU ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité* » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 48.
- D'HOIR-LAUPRÊTRE (C.), « *Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : outil de crédit...ou de discrédit ?* » : Dr. et patrimoine avril 2006, n° 147, p. 30.
- D'HOIR-LAUPRÊTRE (C.), « *L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène du groupe de sociétés* » : D. 1993, p. 248.
- DAGAN (V.), « *Loi de modernisation sociale et licenciement économique : quelques voies ouvertes au chef d'entreprise* » : D. 2002, chron., p. 2552.
- DAGOT (M.), « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Formules* » : JCP N 2003, n° 1562, p. 1600 ; même article : JCP E 2004, n° 109, p. 113.
- DAGOT (M.), « *La déclaration d'insaisissabilité du logement principal de l'entrepreneur individuel. Conditions de forme* » : JCP N 2004, n° 1028, p. 98.
- DAIGRE (J.-J.), « *Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : JCP G 1986, I, n° 3225.
- DAIGRE (J.-J.), « *De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution* » : Bull. joly 1996, § 204, p. 576.
- DAIGRE (J.-J.), « *De l'utilité de l'EURL* » : JCP E 1986, II, n° 14756.
- DAIGRE (J.-J.), « *La dissolution d'un filial à 100% est une fusion, à propos de l'article 1844-5, alinéa 3 du Code civil* » : JCP G 1993, I, n° 3638.
- DAIGRE (J.-J.), « *L'entreprise pendant la phase d'observation* » : RJ com., 1987, n° spéc. p. 14.
- DAIGRE (J.-J.), « *L'EURL : vains regrets, vrais intérêts* » : RJ com. 1988, p. 1.
- DAIGRE (J.-J.), « *La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit financier et de droit des sociétés* » : JCP E 2001, n° 24, p. 965 et n° 26, p. 1061 et s.
- DAIGRE (J.-J.), « *La SELARL unipersonnelle : légalité, intérêts et inconvénients* » : Bull. joly 2000, § 51, p. 255.
- DAIGRE (J.-J.), « *Le gouvernement de l'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?* » : Dr. et patrimoine, juillet-août 1996, p. 23.
- DAMY (G.), « *La nécessaire mutation de l'association, agent économique et social* » : Bull. joly 2004, n° 121, p. 597.

- DANA (A.), « *L'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés* » : Rev. sociétés 1979, p. 715.
- DARMAISIN (S.), « *Le concept de transfert d'entreprise* » : Dr. social 1999, p. 343.
- DAUBLON (G.) et GELOT (B.), « *La déclaration d'insaisissabilité, commentaire et formules* » : Defrénois 2004, art. 37966, p. 865.
- DAUBLON (G.), « *Remarques sur l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)* » : Defrénois 1986, art. 33641, p. 3.
- DAUBLON (G.), « *Remarques sur l'entreprise unipersonnelles à responsabilité limitée (loi du 11 juillet 1985)* » : Defrénois 1986, art. 33641, p. 3, spéc. n° 8, p. 11 et s :
- DAURIAC (I.) et GRARE-DIDIER (Cl.), « *Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille* » : Defrénois 2010, n° 39096, p. 819.
- DAVID (A.), « *La vie des fondations* » : RTD civ., 1959, p. 665.
- DE CAIGNY (Ph.), « *L'employeur seul juge du choix économique* », Dr. social 2001, n° 2, p. 126.
- DE GAUDEMARIS (M.), « *Théorie de l'apparence et sociétés* » : Rev. sociétés, 1993, p. 465.
- DE MATTOS (O.), « *Innovation : le PLF 2006 mise sur des mesures en faveur du capital risque !* » : Communication Commerce électronique n° 12, décembre 2005, alerte 310.
- DE MATTOS (O.), « *Vers une nouvelle forme d'entrepreneuriat : l'EIRL* » : Cah. dr. entr. 2010, n° 1, p. 6.
- DE MONTREDON (E.), « *Vingt-cinq ans de changement de régime matrimonial par requête conjointe* » : JCP G 1991, I, 3527.
- DE ROUX (X.), « *Esprit général du projet de loi* » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 62.
- DE ROUX (X.), « *L'entrepreneur à patrimoine affecté* » : Dr. et patrimoine, décembre 2008, n° 176, p. 20.
- De SOLA CANIZARES (F.), « *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée* », RTD com., 1948, p. 376.
- DE VENDEUIL (S.), « *Une SELARL peut-elle être unipersonnelle* » : JCP E 1997, pan., n° 25, p. 238.
- DEBBASCH (Ch.), « *Le nouveau statut des fondations : Fondations d'entreprise et fondations classiques* » : D. 1990, chron., p. 269.
- DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), « *Portée juridique et fiscale d'une convention de répartition des bénéfices en cours d'exercice entre cédant et cessionnaire de titre sociaux* » : JCP E 2007, n° 1361, p. 33;
- DEBOISSY (Fl.), « *Le principe de l'unicité du patrimoine à l'épreuve du droit comptable et du droit fiscal* » : RTD com., 1999, p. 223.
- DEBOISSY (Fl.), « *Retour sur l'arrêt Meissonnier : le « bail fiscal » existe-t-il ?* » : RTD com., 2001, n° 5, p. 1013.
- DEFOSSEZ (M.), « *Réflexion sur l'emploi des motifs comme cause des obligations* » RTD civ. 1985, p. 521.
- DEKEUWER (A.), « *Les intérêts protégés en cas d'abus des biens sociaux* », JCP E 1995, I, n° 500, p. 421.
- DELMAS (M.), « *Le non paiement des dettes civiles et les cessations des paiements* » : RTD com., 1970, 641.
- DELMOTTE (Ph.), « *Les vertiges de l'insaisissabilité : de quelques problématiques nées des effets de la déclaration d'insaisissabilité en matière des procédures collectives* » : JCP E 2009, n° 1506, p. 14.
- DELZANNO (C.), « *105e congrès, des fonds, des propositions des passions* » : Dr. et patrimoine, 2009, n° 182, p. 12.
- DERRIDA (F.), « *La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire* », RJDA 1993, n° 6, p. 399.
- DERRIDA (F.), « *Le patrimoine professionnel de l'entreprise, mythe ou réalité au regard du droit du redressement judiciaire ?* » : Petites affiches, 13 mai 1987, p. 5.
- DERRUPÉ (J.), « *Un petit pas vers le patrimoine affecté* » : RTD com., 1994, p. 241.
- DERRUPÉ (J.), « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : RTD com., 1985, p. 738.
- DESJARDINS (B.), « *La notion d'établissement distinct en droit du travail* » : RJS 4/93, p. 215.
- DESURVIRE (D.), « *La fondation du patrimoine au secours de la restauration monumentale* » : AJDI 1997 p. 1044.
- DESURVIRE (V.D.), « *Quelles raisons peuvent motiver un entrepreneur à transformer son entreprise en sociétés* » : Rev. Huissiers 1992, p. 59.
- DEVÈZE (J.), « *Le financement de l'entreprise individuelle. Commentaire de l'article 47 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle* » : Petites affiches 7 septembre 1994, n° 107, p. 4.

- DIDIER (P.) « *Brèves notes sur le contrat organisation*, In *Mélanges en l'honneur de F. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 635.
- DIENER (P.), « *La défiscalisation par entreprises fictives* » : D. 1992, chron., p. 181.
- DIENER (P.), « *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL* » : JCP E 1992, I, n° 153, p. 270.
- DIDIER (P.), « *Le consentement sans l'échange, contrat de société* », In *l'échange des consentements* : RJ com, n° spécial novembre 1995, p. 74.
- DIENER (P.), « *Quelques réflexions critiques a propos de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises* » : D. 1986, chron. p. 123.
- DIGARD (S.), « *Appréciation de l'intérêt de la famille par les juges du fond lors de l'homologation de changement de régimes matrimoniaux* » : JCP N 1990, II, p. 213.
- DOKÈS (E.), « *L'engagement unilatéral de l'employeur* » : Dr. social 1994, p. 227.
- DOM (J.-P.), « *Fiducie gestion et contrat de société* » : Rev. sociétés 2007, p. 481.
- DONDERO (B.), « *L'EURL, ou l'entrepreneur fractionné. - À propos de la loi du 15 juin 2010* » : JCP G 2010, n° 679, p. 1274.
- DRAPIER (M.), « *Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la " Fondation du patrimoine ", une institution à l'équilibre incertain* » : D. 1997, chron., p. 212
- DRAPIER (M.), « *Entre personne privées et mission d'intérêt général, la fondation du patrimoine, une institution à l'équilibre incertain* » : D. 1997, chron., p. 212.
- DU GARREAU DE LA MÉCHÉNIÉ (J.H.), « *La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur* » : RTD civ., 1944, p. 225.
- DU PONTAVICE (E.), « *Le droit des sociétés commerciales en question* », Rapp. Conférence du 6 mars 1989 : RJ com., 1989, p. 245.
- DUBUISSON (É.), « *La non-adoption de la "propersonnalité"* » : Dr. et patrimoine, 2010, n° 191, p. 75.
- DUBUISSON (É.), « *Débat sur le patrimoine d'affectation* » : Dr. et patrimoine, 2009, n° 180, p.18.
- DUBUISSON (É.), « *L'EURL est adopté ! En attendant l'entrée en vigueur* » : JCP E 2010, n° 303, p. 3.
- DUBUISSON (É.), « *Projet de loi relatif à l'EURL, comprendre la technique et les enjeux* » : JCP N 2010, n° 1115, p. 27.
- DUCOULOUX-FAVARD (C.), « *Société d'un seul, entreprise unipersonnelle* » : Gaz. Pal. 1990, 2, doct., p. 577.
- DUCOULOUX-FAVARD, « *La nature juridique du contrat de société* » : Rev. sociétés 1966, p. 8 et s.
- DUMONT (M.-P.), « *Cession régulière de bail commercial et obligation d'entretien du preneur* » : AJDI 2003 p. 756.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « *La cession à titre onéreux du patrimoine affecté* » : Bull. joly, 2011, n° 1, p. 85.
- DUPICHOT (P.), « *L'unité du patrimoine aujourd'hui* » : JCP N 2009, n° 1356, p. 17.
- DUPUIS (D.), « *L'insaisissabilité des biens que l'entrepreneur individuel n'a pas affectés à son usage professionnel : un miroir aux alouettes ?* » : Cah. dr. entr. 2008, n° 60, p. 35.
- DUPUIS-FLANDIN (M.-A.), « *La protection de l'exploitant individuel dans les entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Mythe ou réalité* » : Petites affiches 20 et 23 mai 1988, n° 61, p. 13.
- DURAND (P.), « *Les mécomptes d'une schizophrénie fiscale* » : Rev. adm., 1996, n° 291. p. 285. note 1.
- DURAND (Ph.), « *Les mécomptes d'une schizophrénie fiscale* » : Rev. adm., 1996, n° 291, p. 285, note 1.
- DURAND-LÉPINE (G.), « *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées* » : Petites affiches 24 juillet 1995, n° 88, p. 7.
- DUREUIL (B.) et MESTRE (J.), « *La purge des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985* » : Rev. proc. coll., 1989, 389.
- ESCANDE-VARNIOL (M.-C.), « *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise* » : RJS 4/2000, p. 260.
- VÉRICEL (M.), « *Sur le pouvoir normateur de l'employeur* », Dr. social 1991, n° 2, p. 120.
- FADLALLAH (I.), « *La vente volontaire d'immeuble* » : Defrénois 1982, art. 32798, n° 8, p. 8.
- FAGES (B.), « *Théorie du patrimoine en droit des affaires : une respectueuse indifférence* » : Dr. et patrimoine, janvier 2005, n° 133, p. 73.
- FARJAT (G.) et autres, « *Une reconnaissance de l'entreprise en droit français* », RID éco., 1987, 3, p. 541.
- FAVENNEC-HERY (F.), « *Licenciement économique. Du contrôle a priori à la responsabilité a posteriori de l'entreprise* » : RJS 2002, p. 287.
- FAVENNEC-HERY (V.-F.), « *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur* », Dr. social 1985, p. 173.

- FERMONT (P.), « *Les acquisitions immobilières des sociétés non encore immatriculées vues sous l'angle de la publicité foncière* » : JCP G 1980, I, p. 393 :
- FERNOUX (P.), « *Entreprise individuelle : stratégie de location de l'immobilier* » : BF Lefebvre 3/01, p. 117.
- FLORES (G.) et MESTRE (J.), « *Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société* » : Petites affiches, n° 58, 14 mai 1986, p. 25-27.
- FLORES (G.) et MESTRE (J.), « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : Rev. sociétés, 1986, p. 15.
- FOYER (J.), « *La réforme du titre IX du livre III du Code civil* » : Rev. sociétés 1978, p. 1 et s.
- FOYER (J.), « *Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance ?* » : Rev. Sociétés, 2000, p. 103.
- FRAISSINIER (V.), « *L'intérêt de la famille : une notion «standard» à contenu variable* » : Petites affiches, 28 décembre 2007 n° 260, p. 4.
- FRAISSINIER-AMIOT (V.), « *Le contrôle des clauses de mobilité au regard de la nécessité et de la proportionnalité* », Petites affiches, 03 avril 2009 n° 67, p. 5.
- FRANÇOIS (B.), « *Création envisagée de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)* » : Rév. sociétés 2010, p. 6.
- FRANÇOIS-LECLANCHE (X.), « *La règle de l'unicité d'imposition en matière de taxe professionnelle* » : BF Lefebvre 2000, n° 5, p. 286.
- FRÉMOND (P.), « *Le privilège légal des auteurs et de leurs ayants droit* » : Cah. dr. Auteur, 1988, n° 6, p. 11.
- FROUIN (J.-Y.), « *Retour sur la notion de sauvegarde de compétitivité* » : RJS 3/2006, p. 187.
- GALIMARD (M.), « *Observation sur la réforme fondamentale des sociétés (commentaire de la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)* : journ. not. 1985, art. 58325, p. 1105.
- GALLOIS-COCHET (D.), « *Dispense de rapport de gestion* » : Dr. sociétés, comm., mars 2011, n° 3, p. 49.
- GARAUD (E.), « *L'ouverture d'un compte-chèques au nom d'une société en formation* » : Bull. joly 1992, § 236, p. 728.
- GAUDU (F.), « *L'extinction du plan social* » : D. 1995, chron., p. 337.
- GAUDU (F.), « *La fraternité dans l'entreprise* » : Dr. social, 1990, 134.
- GAUTHIER (J.), « *Les conséquences d'une donation partage des parts sociales d'une EURL constituée par apport d'une entreprise individuelle* », JCP N 1991, I, p. 217.
- GAVALDA (N.), « *Les critères de validité des clauses de non concurrence en droit du travail* » : Dr. social 1999, p. 582.
- GERMAIN (M.), « *La SAS libérée* » : JCP E 1999, n° 39, p. 1505.
- GERMAIN (M.), « *L'abus du droit de la majorité, à propos de l'arrêt du 22 avril 1976* » : Gaz. Pal. 1976, I, doctrine, 157.
- GERMAIN (M.), « *Le droit commun des sociétés après la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises* » : JCP E 1988, I, 15161. et JCPG 1988, I, 3341.
- GERMAIN (M.), « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : Dr. Sociétés, octobre 1985, p. 3, n° 14.
- GERMAIN (M.), « *L'intérêt commun des actionnaires* » : Cahier de dr. de l'entreprise 1996, n° 4, p. 13.
- GERNEZ-RYSSEN, « *Légitimité des restrictions à la concurrence en droit commercial et social* » : Defrénois, 1993, p. 1161.
- GERSCHEL (C.), « *L'évolution inachevée du statut juridique des groupements sportifs professionnels au lendemain de la loi n° 99-1124 du 28 décembre 1999* » : D. 2000, chron., p. 387.
- GIBIRILA (D.), « *L'incapacité d'ester en justice d'une société en formation et ses enjeux* » : RJDA, n° 10-2006, p. 915.
- GIBIRILA (D.), « *Irrecevabilité de l'action en opposabilité d'une déclaration notariée d'insaisissabilité intentée par le liquidateur, faute d'intérêt d'agir* » : Defrénois 2010, art. 39078, p. 472.
- GIBIRILA (D.) « *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles* » : Defrénois 1998, art. 36808.
- GISSEROT (F.), « *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite ?* » : RTD com., 1979, p. 49.
- GLADEL (V.), « *Le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* » : D. 2010, n° 9, p. 560.

- GLAIS (M.), « *L'unité économique et sociale entre les personnes morales juridiquement distinctes. Le point de vue de l'économie* » : Gaz. Pal. 1987, I, doct. 309.
- GOBERT (M.), « *Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux* » : JCP G 1969, I, 2281.
- GOBIN (A.), « *Évolution récente du droit des fondations en France* » : JCP N 1982, I, 246.
- GOBIN (A.), « *La loi du 4 juillet 1990 sur les fondations d'entreprise et fondations d'utilité publique Seconde ébauche du statut des fondations en France* » : JCP N 1990, n° 49, 101505.
- GORÉ (F.), « *Personnalité juridique et personnalité comptable* » : RF comp. 1974, p. 273.
- GOURGUES (J.-Cl.), « *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée* » : JCP., éd., C.I., 1980, II, 13258, p. 169.
- GOYET (C.), « *Toujours plus simple...Remarques sur la réglementation des conventions dans la SAS unipersonnelle* » : D. Affaires 1999, n° 37, p. 3.
- GRELLIÈRE (V.), « *Propositions pour un droit commun des groupements personnalisés* » : D. Affaires 1997, p. 1133.
- GRIDEL (J.-P.), « *La personne morale en droit français* » : RIDC. 2-1990, p. 495.
- GROZAFON (J.-L.), « *Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration* » : Dr. social 1985, p. 201.
- GUERIN (L.), « *La société en nom collectif est-elle une personne morale ?* » : Rev. crit., 1902, pp. 245 et 308, spécial. p. 257 et s.
- GUILHAUDIS (Y.) et RAFFRAY (J.-G.), « *Pratique de la déclaration notariée d'insaisissabilité* » : JCP E 2005, n° 1056, p. 1182 et JCP N 2005, n° 1192, p. 605.
- GUIONNET (C.), « *Les assouplissements récents du régime fiscal de faveur de la SUIR suffiront-ils à convaincre les investisseurs ?* » : Option finance, 2006, n° 899, p. 41.
- GUYÉNOT (J.), « *Régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les art. 1871 à 1873 du Code civil* » : Gaz. Pal. 1979, p. 620.
- GUYON (Y.), « *La fraternité dans le droit des sociétés* » : Rev. sociétés 1989, p. 439.
- GUYON (Y.), « *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées – la loi du 12 juillet 1999, art. 3* » : Rev. sociétés 1999, p. 505.
- HALLOUIN (J.-Cl.), « *La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : A.L.D. 1985, p. 73.
- Hallouin (J.-Cl.), « *La société d'exercice libéral peut-elle être unipersonnelle ?* » : D. 2000, p. 239.
- J. HAMEL, « *L'affectio societatis* » : RTD civ., 1925, p. 762.
- HASSLER (Th.), « *L'intérêt commun* » : RTD com., 1984, p. 581.
- HAURIOU (M.), « *L'institution et le droit statutaire* », Recueil de législation de Toulouse, 1906, p. 174.
- HENRY (L.) et FABIANI (D.), « *L'article 93 de la loi du 25 janvier 1985* » : Petites affiches 2000, p. 22.
- HENRY (M.), « *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux* » : D. 1979, chron., p. 179.
- HENRY (M.), « *La notion de motif économique* » : Dr. social 1995, p. 551.
- HONORAT (J.), « *L'article 1844-8 du Code civil et la fin de la personnalité morale des sociétés* » : Defrénois 1981, art. 32754, p. 1345.
- HOONAKKER (Ph.), « *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?* » : JCP E 2000, n° 24, p. 933.
- HORN (N.), « *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée et l'expérience allemande* », RTD com., 1984, p. 1.
- HOUIN (R.) et GORÉ (F.), « *La réforme des sociétés commerciales* » : D. 1967, p. 130.
- HOUIN (R.), « *Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle et plan de redressement* », RTD com., 1970, p. 487, spéc. p. 495, n° 11.
- HUGOT (J.) et RICHARD (J.), « *Statut d'une exploitation agricole à responsabilité limitée* » : JCP N 1986, prat. n° 9743, p. 217.
- IZORCHE (M.-L.), « *Information et cession de contrat* » : D. 1996, chron., p. 347.
- JAMIN (Ch.), « *Cession de contrat et consentement du cédé* » : D. 1995, p. 131.
- JAMIN (Ch.): D. 1995, chron., p. 131.
- JAMIN (Ch.), et M. BILLIAU, « *Cession conventionnelle du contrat : Portée du consentement du cédé* » : D. 1998, chron., p. 145.
- JAUFFRET (C.), « *La transparence civil et la protection des associés d'une société de construction* » : JCP G 1967, I, 2065.

- JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.), « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit de l'emploi » : Dr. social 2001, p. 417.
- JEANTIN (M.), « La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978 » : D. 1978, p. 174, n° 7.
- JEULAND (E.), « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne » : D. 1998. chron., p. 356.
- JOBERT (L.), « La SARL à un euro : un coup d'épée dans l'eau » : Dr. sociétés 2003, p. 3.
- JONIN (D.), « La protection contre le chômage des dirigeants sociaux » : Bull. joly 2004, n° 204, p. 927.
- KENDERIAN (F.), « La contribution aux pertes sociales » : Rev. sociétés 2002, p. 617.
- KESSLER (F.), « L'affiliation à la protection sociale de base du dirigeant social » : Ibid., n° 203, p. 919.
- KESSLER (F.), « La protection sociales des dirigeants sociaux », In, *La protection sociale applicable aux dirigeants de sociétés*, Dossier sous la direction de Francis KESSLER : Bull. joly 2010, n° 202.
- KETCHEDJIAN (D.), « L'entreprise et le droit fiscal : un nouveau sujet de droit ? » : Revue de science financière 1974, p. 415 et s.
- L. (A.), « Maintien de la caution de l'emprunteur en cas de transfert au repreneur de la charge des sûretés » : D. affaires 1999, n° 161, p. 801.
- LABETOULLE (D.), « La qualification et le juge administratif: quelques remarques » : Droits, Revue française de théorie juridique, n° 18, *La qualification*, p. 31.
- LABORDE (J.-P.), « La cause économique de licenciement » : Dr. social 1992, p. 774.
- LACHIÈZE (Ch.), « L'autonomie de la cession conventionnelle du contrat » : D. 2000, chron., p. 184.
- LAGARDE (X.), « La nature juridique de la cause de licenciement » : JCP G 2000, I, n° 254, p. 1647.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'entreprise et ses formes juridiques » : RTD com., 1968, p. 907.
- LANGERON (P.), In « La tutelle administrative sur les fondations » : RFD adm., 1988, n° 6, p. 994.
- LANGLOIS (P.), « Le juge et l'employeur » : Dr. social 2003, p. 283.
- LARDY-PÉLISSIER (B.), « Au nom de l'intérêt de l'entreprise » : Dr. ouvrier 2010, n° 744, p. 356.
- LAUGIER (M.), « Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité » : JCP E 2003, n° 1507, p. 1706 ; même article : JCP N 2003, n° 1561, p. 1594.
- LAUNAY (H.), « Les pouvoirs de l'assemblée générale en matière d'abus des biens ou de crédit de la société » : Gaz. Pal., 1963, 1, doct. 79.
- LAUVERGNAT (L.), « De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 août 2008. Réflexions sur l'extension du domaine de la déclaration d'insaisissabilité par la LME » : Dr. et procédures 2009, n° 2, p. 68.
- LE CALVEZ (J.), « Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel » : D. 2000, n° 10, chron. p. 151.
- LE CANNU (P.): Bull. joly 1994, p. 237 s.
- LE CANNU (P.): D. 1993, 384.
- LE CANNU (P.), « La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés » : Rev. sociétés 2003, p. 409.
- LE CANNU (P.), « La notion juridique de l'entreprise dans les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 », Petites affiches, 14 mai 1986, n° 58, p. 19.
- LE CANNU (P.), « La SAS pour tous » : Bull. joly 1999, § 198, p. 841.
- LE CANNU (P.), « L'EUROL et les procédures collectives » : Bull. joly 1986, p. 895.
- LE CANNU (P.) et BOUÈRE (J.-P.), « La loi Madelin et le droit des sociétés » : Bull. joly 1994, § 61, p. 237.
- LE CORRE (J.-M.), « Les créanciers gagistes face au redressement judiciaire et à la règle du concours », Rev. proc. coll., 1991, p. 21 ;
- LE CORRE (J.-M.), « La transmission de la charge de la sûreté en plan de cession », Petites affiches, 1994, n° 120, p. 4.
- LE CORRE (P.-M.), « Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité »: AJDI, 2004, n° 3, p. 179.
- LE CORRE-BROLY (E.), « Actions en revendication ou en reprise et EIRL » : Bull. joly 2011, n° 1, p. 68.
- LE GOFF (P.), « Faut-il supprimer les sociétés à responsabilité limitée ? Apport critique de l'analyse économique américain du droit des sociétés » : RIDC. 1999, p. 593.
- LE NABASQUE (H.): D. 1998. somm., p. 137.
- LEBEL (Ch.), « Adoption de l'EIRL et autres mesures relatives à l'entreprise individuelle » : JCP E, n° 26, 1^{er} juillet 2010, actualité, n° 362, p. 3.
- LEBEL (Ch.), « Déclaration d'insaisissabilité et intérêt collectif des créanciers » : JCP E 2010, n° 1229, p. 20.

- LEBEL (Ch.), « *Projet de loi : à propos de l'entrepreneur individuel* » : JCP E 2008, n° 20, p. 5.
- LEOVICI (S.), « *La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel* » : Dr. et patrimoine 2010, n° 190, p. 49.
- LECHENET (A.), « *Au royaume des gérants de SARL., les minoritaires sont rois* » : Petites affiches 17 janvier 1996, n° 8.
- LEGEAS (D.), « *Le gage des créanciers dans l'EIRL* » : Defrénois, 30 mars 2011, n° 6, art. 39215, p. 560.
- LEGRAND (F.) et STAES (O.), « *La détermination du patrimoine du débiteur* » : Rev. proc. coll. 2008, n° 2, p. 106, dossier 8.
- LEGRAND (V.), « *Eirl : lancement des opérations et premier «casse-tête» à l'intention des aspirants (composition du patrimoine affecté)* » : Petites affiches, 03 janvier 2011 n° 1, p. 3.
- LEPARGNEUR (J.), « *De l'effet, à l'égard de l'ayant cause à titre particulier, des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis* » : RTD civ., 1924, p. 486.
- LETELLIER (H.), « *Les avantages de l'EIRL* » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 77.
- LETELLIER (H.), « *Les insuffisances de l'EURL* » : in *Le patrimoine professionnel d'affectation (première analyse de l'EIRL), Introduction* : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 73.
- LETOURNEUR (M.), « *L'évolution de la jurisprudence fiscale du Conseil d'État depuis 1940* » : JCP G 1945, I, 481.
- LIBCHABER (R.), « *Feu la théorie du patrimoine* » : Bull. joly 2010, p. 316.
- LIBCHABER (R.), « *La contractualisation de l'engagement unilatéral de volonté : une question relancé par le droit du travail* », obs., sous Soc., 2 mai 2001 : Defrénois 2001, n° 71, p. 1064.
- LIBCHABER (R.), « *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007* » : Defrénois 2007, art. 38631, p. 38639.
- LIENHARD (A.), « *EIRL : adoption du projet de loi par les sénateurs* » : D. 2010, n° 16, p. 959.
- LIENHARD (A.), « *Le Sénat a apporté plusieurs modifications aux dispositions de simplification votées par l'Assemblée nationale, qu'il s'agisse des SARL, des SAS ou des SA. Il a ajouté des mesures concernant les SEL* » : D. 2008, p. 1813.
- LIENHARD (A.), « *Les dividendes n'existe pas juridiquement avant la décision de distribution* » : D. 2007, p. 3055.
- LIENHARD (A.), « *Possibilité de créer une SEL unipersonnelle : le législateur désavoue la Cour de cassation* » : D. Affaires 1999, p. 1119.
- LIPINSKI (P.), « *Cautionnement et procédures collectives : précisions sur la portée de l'engagement de la caution* » : D. 2000, 257 ; JCP E 2000, n° 1-2, p. 22, note, A. BAC.
- LISANTI (C.), « *Pouvoir du liquidateur en cas de déclaration d'insaisissabilité* » : Rev. proc. coll., 2009, n° 62, p. 52.
- LOGEAS (Y.-É.), « *La protection sociale complémentaire des dirigeants* » : Bull. joly 2010, § 205, p. 937.
- LUCAS (F.-X.), « *Les dangers de l'EIRL* » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 80.
- LUCAS (F.-X.), « *Défense et illustration de l'EURL* » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 67.
- LUCAS (F.-X.), « *EIRL, de la fausse bonne idée, à la vraie calamité* » : Bull. joly 2010, p. 311.
- LUCAS (F.-X.), « *L'entrepreneur à patrimoine affecté, est-ce une bonne idée ?* » : Bull. joly 2008, § 11, p. 839.
- LUCAS (F.-X.), « *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Bref propos discursifs autour du thèmes de l'associé et de l'investisseur* » : Rev. dr. bancaire 2002, p. 216.
- LUTTER (M.), « *La réforme de la GmbH (SARL) par la loi du 4 juillet 1980 de la République fédérale allemande ; la « deutsche GmbH – nouvelle 1980 », Rev. sociétés 1980, p. 645.*
- MALAURIE (Ph.), « *La cession de contrat* » : Defrénois 1976, art. 31194, p. 1009.
- MALAURIE (Ph.), « *Les dix premières années de notre siècle et le droit civil* » : JCP G 2010, doctrine, n° 427, p. 781.
- MALECKI (C.), « *La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : D. 2003, p. 2220.
- MALECKI (C.), « *La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : D. 2003, p. 2220.
- MALEVILLE (M.-H.), « *Premières remarques sur la fondation d'entreprise* » : JCP E 1990. II. 15901, p. 684.

- MALINVAUD (Ph.), « *La garantie des vices par le vendeur-prometteur de construction immobilières. Unité ou diversité* » : JCP G 1969, I, 2284.
- MALLET (É.), « *Création de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)* » : JCP N 2010, n° 505, p. 3.
- Marmoz (F.), « *L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise* » : D. 2010, p. 1570.
- MARTIN (D.), « *De l'entreprise individuelle* » : RD banc. et bourse, Repère professionnels, mars-avril 1994, p. 50.
- MARTIN (D.), « *L'esquisse de contractuelle et la mort* » : D. 1993, p. 236.
- MARTIN (P.), « *Déclaration d'insaisissabilité et liquidation judiciaire* » : Procédures 2010, n° 1, p. 6.
- MARTIN (R.), « *Personne et sujet de droit* » : RTD civ., 1981, p. 785, n° 21.
- MARTIN-SERF (A.) et VALLENS (J.-L.), « *L'unité du patrimoine et l'universalité de la faillite* » : RTD com., 2003, p. 169, n° 7, à propos de Cass. 1^{er} civ., 19 novembre 2002.
- MARTIN-SERF (A.), « *La loi pour l'initiative économique : des fausses pistes pavées de bonnes intentions* », *L'entreprise individuelle à risques limités (EIRL)* » : RJ com., 2004, p. 75, spéc., p. 80.
- MARTIN-SERF (A.): RTD com. 1992, p. 686.
- MASCLET (J.), « *La société commerciale unipersonnelle, le patrimoine d'affectation et le fonds de commerce* » : La vie judiciaire, octobre et novembre 1971, n° 1332 à 1335.
- MASSART (Th.), « *Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital d'un euro* » : Bull. joly 2002, n° 289, p. 1361.
- MASSIN (E.), « *La personnalité du fonds de commerce et de l'entreprise* », Rec. Gén. Lois et Jurisp. 1971, p. 69.
- MATHEY (N.), « *quand la réalité dépasse la fiction* » : Rev. sociétés 2006, n° 4, p. 798 et 800.
- MATHIEU (B.), « *La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité (à propos de la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002 du conseil constitutionnel)* » : Dr. ouvrier 2002, p. 44.
- MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « *L'irrévocabilité de l'offre de contrat (Réflexion à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008)* » : D. 2008, chron., p. 440.
- MAUBRU (B.), « *Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'E.U.R.L.* » : JCP N 1986, I, p. 435. – MAUBRU (B.), « *La dissolution de plein droit de sociétés d'une seule personne* » : Defrénois 1982, art. 32955, p. 1410.
- MAURO (J.), « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : ménage à deux avec l'État ? En tous les cas, une échéance pour l'économie* » : Gaz. Pal. 1986, 2, doct., p. 433.
- MAURY (J.), « *Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence* » : RIDC 1951, p. 485, spéc. p. 494.
- MAZEAUD (A.), « *Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : Vers une réécriture des articles L. 1222-12 et L. 1222-12-1 du Code du travail ?* » : D. 1998, chron., 106.
- MEDAIL (V.) et VERGNOLE (P.), « *La société par action simplifiée unipersonnelle : difficulté de mise en œuvre du contrôle des conventions réglementées* » : JCP E 2000, p. 786.
- MELIN (M.), « *Les transferts de biens entre patrimoine professionnel et patrimoine privé* », JCP E 1980, comm., n° 13421. p. 637.
- MENJUCQ (M.), « *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : quelle utilité ?* » : Rev. proc. coll. 2010 n° 2, repère, p. 1.
- MENJUCQ (M.), FABRE (H.), DAMMAN (R.), GORRIAS (S.), « *La protection du patrimoine du débiteur personne physique* » : Dr. et patrimoine 2010, table ronde, p. 99.
- MESTRE (J.), « *AUBRY et RAU toujours hors la loi : la querelle sur la transmission de la dette à l'ayant cause se poursuit* » : RTD civ. 1998, p. 399.
- MESTRE (J.), « *Cession judiciaire de contrat* », obs. RTD civ., 1987. 538.
- MESTRE (J.), RTD civ., 1992, p. 762.
- MESTRE (J.), RTD civ., 1998, p. 369.
- MESTRE (J.), « *Transmission des obligations à l'occasion de celle d'un bien* » : RTD civ., 1998, p. 375.
- MESTRE (J.), « *Une nouvelle figure dans le paysage contractuel français: la cession judiciaire de contrat* » : RTD civ., 1987, p. 538.
- MICHA-GOUDET (R.), « *La nature juridique des dividendes* » : JCP E 1998, n° 3, p. 68.
- MIT (J.-M.), « *L'EURL: régime fiscal* » : JCP E 1986, n° 14756, p. 493.
- MONSÉRIÉ (M.-H.), « *L'indépendance de la cession du fonds de commerce et du bail* » : D. 1997, p. 387.

- MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), « *La société civile, outil de séparation des patrimoines* » : Dr. et patrimoine, juillet-août 2004, n° 128, p. 75.
- MONTÉLAN (Th.), « *Avocat, protégez vous ! La déclaration d'insaisissabilité, une protection peu onéreuse et efficace du patrimoine familial de l'avocat* » : Gaz. Pal. 2004, mai 2004, p. 1543.
- MOREAU (M.-A.), « *La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité* » : Dr. et patrimoine, mars 1999, p. 56.
- MOUSOULAS (S.), « *La société unipersonnelle à responsabilité limitée communautaire – appréciation de la XII¹ directive du conseil en matière des sociétés* » : Rev. sociétés 1990, p. 395.
- MUGNIER-RENARD (A.-S.), « *Les garanties des opérations bancaires et la protection des époux* » : RD banc. fin. 2009, n° 1, dossier 4, p. 88.
- NECTOUX (J.), « *Du droit pour les caisses de sécurité sociale de provoquer la faillite de leurs débiteurs commerçants* » : Gaz. Pal., 1957, 2, Doctrine, p. 17.
- NOTTÉ (G.), « *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (L. n° 2010-658, 15 juin 2010)* » : JCP E 2010, n° 346, p. 3.
- NOURISSAT (C.), « *La clause de substitution insérée dans une promesse unilatérale de vente : une cession conventionnelle de contrat* » : JCP N 1999, n° 21, p. 874.
- NURIT-PONTIER (L.), « *La détermination statutaire du capital social : enjeu et conséquences* » ; D. 2003, p. 1612.
- NURIT-PONTIER (L.), « *Repenser les apports en industrie* » : Petites affiches 3 juillet 2002, n° 132, p. 4.
- PAILLUSSEAU (J.), « *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quel rapports ?* » : D. 1999, p. 157.
- PAILLUSSEAU (J.), « *La nouvelle société par actions simplifiée, Le Big Bang du droit des sociétés* » : D. Affaires 1999, n° 175, p. 1354 et n° 176, p. 1385 ; même article, D. 1999, chron., p. 333.
- PAILLUSSEAU (J.), « *Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle* » : D. 2003, p. 260 et 322 et s.
- PAILLUSSEAU (J.), « *Le droit est aussi une science d'organisation* » : RTD com., 1989, p. 1.
- PAILLUSSEAU (J.), « *Le droit moderne de la personnalité morale* » : RTD civ., 1993, p. 705.
- PAILLUSSEAU (J.), « *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit* », In Colloque du 25^{ème} anniversaire de la F.N.D.E. : JCP E, 1997, n° spec., p. 3, même article D. 1997, p. 97.
- PAILLUSSEAU (J.), « *Les fondements du droit moderne des sociétés* » : JCP E 1984, II, n° 14193, p. 165 et JCP G 1984, I, n° 3148.
- PAILLUSSEAU (J.), « *L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle* » : JCP G 1986, I, 3242 et JCP E 1986, n° 14684.
- PAILLUSSEAU (J.) et CONTIN (R.), « *La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'Appel de Rennes)* » : JCP G 1969, I, 2287.
- PANDO (A.), « *Le gouvernement prépare l'introduction du patrimoine d'affectation de l'entrepreneur individuel* », entretien avec X. DE ROUX : Petites affiches 15 décembre 2008, n° 244, p. 3.
- PANDO (A.), « *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : les contours du projet de loi* » : Petites affiches, 18 janvier 2010, n° 20, p. 3.
- PANDO (A.), « *Constitution et fonctionnement de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)* » : Dr. fiscal 2010, n° 396, p. 22.
- PASCUAL (I.), « *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés* » : RTD com., 1998, p. 273.
- PÉLISSIER (J.), « *La cause économique de licenciement* » : RJS 1992, p. 527.
- PÉLISSIER (J.), « *La cause économique de licenciement dans la loi votée le 19 décembre en dernière lecture à l'Assemblée nationale* » : Dr. ouvrier 2002, p. 145.
- PÉLISSIER (J.), « *Réorganisation de l'entreprise et pouvoir du juge* » : D. 2001, n° 14, p. 1125.
- PÉLISSIER (J.), « *Réorganisation d'entreprise, sauvegarde de compétitivité et contrôle du juge* » : D. 2006, jur., p. 1013.
- PELTIER (M.), « *La réforme des sociétés sportives opérée par la loi du 28 décembre 1999* » : Bull. joly. 2000, § 129, p. 585.
- PELTIER (M.), « *L'influence de la loi du 28 décembre 1999 sur le financement des sociétés sportives* » : Gaz. Pal., 7 et 8 juillet 2000, p. 6.
- PÉRIN (P.-L.), « *Nouvelle remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants* » : Bull. joly 1999, § 266, p. 1143.

- PERROTIN (F.), « Loi LME : un texte favorable aux petites entreprises » : Petites affiches, 3 septembre 2008 n° 177, p. 3.
- PÉTEL (P.): JCP E, 1992, I, 136, p. 166, n° 3.
- PHILBERT (A.), « Le droit prétorien du licenciement économique » : Dr. social 1998, p. 35.
- PIC (P.), « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », Annales dr. com. 1906, p. 153.
- PIC (P.), « De la simulation dans les actes de sociétés » : D. P. 1935, chron., 33.
- PICHARD (B.), « Transfert des contrats d'assurance et cession de fonds de commerce » : JCP E 1996, I, n° 547, p. 156 ; même article JCPN 1996, n° 3777, p. 984.
- PIEDELIÈVRE (A.), « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement » : Gaz. Pal. 1982. 1. doct. 85.
- PIEDELIÈVRE (S.), « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée » : Defrénois 2010, n° 39134, p. 1417.
- PIEDELIÈVRE (S.), « Le nouveau droit de l'insaisissabilité » : Defrénois 2008, n° 38856, p. 2245.
- PIEDELIÈVRE (S.), « Déclaration d'insaisissabilité et immeuble » : RD banc. fin. 2008, n° 5, comm. 145.
- PIEDELIÈVRE (S.), « Déclaration d'insaisissabilité et publicité » : RD banc. fin. 2007, n° 5, comm. 189.
- PIEDELIÈVRE (S.), « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique » : JCP G 2003, I, n° 165, p. 1717.
- PIERRE (J.-L.), « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer » : JCP E 2009, n° 2184.
- PILLEBOUT (J.-F.), « Observation à propos de l'exploitation agricole à responsabilité limitée » : JCP N 1985, pratique, n° 9589, p. 642.
- PIROVANO (A.), « La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? » : D. 1997, chron., p. 189.
- PIZZIO-DELAPOSTOLLE (C.), « La clause de non-concurrence : jurisprudence récente » : Dr. social 1996, 145.
- PLAGNET (B.), « Les charges financières dues aux prélèvements de l'exploitant » : BF Lefebvre, 7/92, p. 462.
- PLAGNET (B.), « Le patrimoine fiscal de l'entreprise individuelle » : BF Lefebvre 6/96, p. 319, n° 16.
- PLANTAMP (D.), « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales » : RTD com., 1994, p. 1.
- PLANTIN (S.), « Méthode simplifiées pour réduire les structure juridiques d'un groupe » : JCP E 1998, p. 21.
- PLANTIN (S.) : JCP E 2002, 457.
- POISSON (E.), « Le changement du régime matrimonial (article 1397 du Code civil) » : RTD civ., 1969, p. 469, n° 67.
- PORACCHIA (D.), « La société d'exercice libéral par actions simplifiée » : Dr. et patrimoine, novembre 2001, p. 84.
- PORTEMER (J.), « Du contrat à l'institution » : JCP G 1947, 586.
- PRÉA (J.), « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'exploitation agricole à responsabilité limitée » : JCP N 1985, I, p. 309.
- PRIEUR (J.), « Les limites de l'EURL » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 78.
- PRIEUR (J.), « EURL ou société : quel critères de choix ? » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 64.
- RAFFRAY (J.-G.) et SENECHAL (J.-P.), « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision » : JCP N 1985, I, 130, n° 71.
- RANDOUX (D.), « Une société très spécifique : l'EURL » : JCP N 1985, I, doctrine, p. 355.
- RANDOUX (R.), « Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée » : JCP N 1999, n° 43-44, p. 1567.
- RANDOUX (R.), « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre » : Rev. sociétés, p. 105.
- RAY (J.-E.), « Revirement ? quel revirement ? » : Dr. social 2006, p. 138.
- REBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis » : Rev. sociétés, 2000, p. 425.
- REIGNÉ (Ph.), « Réflexion sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire » : D. 2002, p. 1330.
- REINHARD (Y.), « La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée » : RTD com., 1999, p. 898.
- REITA-TRAN (M.), « La société par action simplifiée : une structure pour les PME et les personnes physiques » : JCP E 2010, n° 1635, p. 26.

- REMERY (J.-P.), Rapp. RJ com., 1995, p. 198.
- REVET (Th.), « *L'acquisition du dividende (à propos de l'arrêt Ch. com, du 12 févr. 2008)* » : Bull. joly 2008, n° 11, p. 938.
- REVET (Th.), in *Le patrimoine professionnel d'affectation (première analyse de l'EIRL), Introduction* : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 54 et s.
- REYGROBELLET (A.), « *Pour une société en nom collectif...unipersonnelle* » : D. 2003, chron., p. 679.
- REYMOND DE GENTILE (M.-J.), « *Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimonial* » : JCP G 1973, I, 2558.
- RICCI (R.), « *Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique* » : Droit et Société 2002, p. 151-183.
- RIEUBERNET (C.), « *Intérêt de la famille et changement du régime matrimonial (incident de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modifiant diverses dispositions du droit successoral)* » : Petites affiches, 9 juillet 2002, p. 4.
- RIPERT (G.), « *Le droit de ne pas payer ses dettes* » : D. H. 1936, chron., p. 57.
- RIZZO (F.), « *Les sociétés sportives* » : Revue Lamy de droit des affaires 2001, chron., n° 44.
- RODIÈRE (J.-Y.), « *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : monstre ou mutant* » : Petites affiches 14 juin 1985, n° 71, p. 13 et 24 juillet 1985, n° 88, p. 35.
- RODRIGUEZ (K.), « *Réflexion sur la société anonyme unipersonnelle* » : Bull. joly 2006, chron., § 2, p. 9.
- ROLLAND (B.), « *Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine* » : JCP E 2000, p. 406.
- ROLLAND (B.), « *Irrecevabilité de l'action du liquidateur tendant à l'inopposabilité d'une déclaration d'insaisissabilité* » : Procédures 2009, n° 159, p. 30.
- ROLLAND (B.), « *Les difficultés dues à la liquidation judiciaires des sociétés unipersonnelles* » : JCP E 2000, n° 11, p. 451.
- ROSSEL (F.), « *Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté : le regard de l'entrepreneur* » : JCP N 2009, n° 1361, p. 40.
- ROTONDI (M.), « *La limitation de la responsabilité dans l'entreprise* » : RTD com., 1968, p. 1.
- ROUAST (A.), « *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés* » : RTD civ., 1944, p. 1.
- ROUAST-BERTIER (P.), « *Société fictive et simulation* » : Rev. sociétés 1993, p. 725.
- ROUSSEL (F.), « *Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté : le regard de l'entrepreneur* » : JCP N 2009, n° 52,1361.
- ROUSSEL (F.), LARCHER (M.-Ch.), HOAREAU (O.) et DOBIGNYU (A.), « *De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)* » : JCP E 2008, n° 2199, p. 9 et JCP N 2008 n° 1282, p. 29.
- ROUSSEL GALLE (Ph.), « *Actualité jurisprudentielle : 1^{er} janvier – 28 février 2009* » : Rev. proc. coll., 2009, n° 4, p. 10.
- RUBELLIN (P.), « *L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel. Remarques sur l'article 47 de la loi Madelin du 11 février 1994* » : JCP G 1995, I, n° 3856, p. 289.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « *L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL* », In *Entreprise et patrimoine*, colloque organisé par l'association Droit et Commerce : Gaz. Pal. 19 mai 2011, n° 138 à 139, p. 33.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « *La gestion de l'entreprise* », In *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaires des entreprises* : RTD com., 1986, n° spécial, p. 37 et 46 et s.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « *Le transfert de la charge du nantissement* », RJ com., 1992, p. 152.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : Petites affiches 2000, p. 40.
- SAINTOURENS (B.), « *Associé unique ou entrepreneur individuel : quel statut choisir pour une responsabilité limitée ?* » : Petites affiches, 28 avril 2011 n° 84, p. 7.
- SAINTOURENS (B.), « *Déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* » : RTD com., 2003, p. 690.
- SAINTOURENS (B.) « *La consécration législative des sociétés d'exercice libéral sous forme d'E.U.R.L* » : Defrénois 1999, art. 37067, p. 1237.
- SAINTOURENS (B.), « *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010* » : Rev. sociétés 2010, p. 351.
- SAINTOURENS (B.), « *Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des communautés européennes* » : Bull. joly 1991, § 41, p. 123.

- SAINTOURENS (B.), « *Les décrets d'application pour le droit des sociétés de la loi de modernisation de l'économie* » : Rev. sociétés 2009, p. 239.
- SALATI (O.), « *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution* », Droit et procédures, 2009, n° 1, p. 4.
- SALATI (O.), « *Modifications apportées au dispositif d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie* » : procédures 2008, Alertes 39, n° 11, p. 2.
- SALEILLES (R.), « *De la cession de dette* », Annales de droit commercial, 1890, p. 1 et s.
- SALVATICO (F.), « *Publicité des comptes sociaux et limites de la transparence financière* » : JCP E 2000, cah. dr. entr., n° 5, p. 18.
- SATANOWSKY (M.), « *Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce* » : RIDC., 1955, p. 726.
- SAUVAGE (F.), « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial* » : JCP N 2004, n° 1120, p. 434.
- SAVARY (O.) et DUBUISSON (E.), « *Petit panorama des protections de l'entrepreneur individuel* » proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de pro personnalité » : Dr. et patrimoine, avril 2009, n° 183, p. 38 ; mêmes auteurs : « *Article 2092 du Code civil : trois siècles d'actualité* » Ibid., p. 42 ; « *Limites et attributs de la pro-personnalité* » : Ibid., mai 2009, n° 181, p. 30 ; « *La propersonnalité à l'épreuve de la pratique* », Ibid., p. 34 ; « *Le concept de pro-personnalité face aux conceptions voisines* » : Ibid., p. 38.
- SAVATIER (J.), « *La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel* » : Dr. social 1991, 40.
- SAVATIER (J.), « *Reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct au regard du droit du comité d'entreprise* » : Dr. social 1992, 39.
- SAYAG (A.), « *De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985* » : JCP G 1985, I, 3217.
- SAYAG (A.), « *Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle ? Une remise en cause infructueuse* », In *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires...à propos des structures juridiques de l'entreprise*, CREDA 1968-1988 : Cah. dr. entr., 8 février 1990, n° 1, p. 22.
- SCHEIDT (M.), « *La cause réelle et sérieuse du motif économique de licenciement* » : Dr. ouvrier 1993, p. 321.
- SCHILLER (S.), « *L'évolution dans la composition du patrimoine affecté* » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 84.
- SCHILLER (S.), « *Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté ?* » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 88.
- SCHMIDT (D.), « *De l'intérêt commun des associés* » : JCP G 1994, I, 3793 ; même article, JCP E 1994, n° 404, p. 535.
- SCHMIDT (D.), « *De l'intérêt social* » : JCP E 1995, n° 488, p. 361.
- SCHMITT (Th.), « *La SAS et le droit fiscal* » : Petites affiches 15 septembre 2000, n° 185, p. 60 :
- SCHMITT (Th.), « *Propos iconoclastes sur le bail fiscal* » : Dr. fiscal, 2002, p. 661.
- SÉNÉCHAL (M.), « *Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives* » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 89.
- SÉNÉCHAL (M.), « *Réalisation de la résidence principale d'un entrepreneur individuel déclarée insaisissable (à propos de cass. com. 3 février 2009)* » : Bull. joly 2009, § 3, p. 226.
- SÉOUD (C.), « *Sociétés unipersonnelles : la dissolution à l'épreuve de la transmission universelle du patrimoine* » : les affiches moniteur, août 1997, n° 66-67, p. 5.
- SERLOOTEN (P.), « *Brèves observations (et interrogations) sur le projet de création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée* » : Dr. fiscal, 18 mars 2010, n° 11, p. 225.
- SERLOOTEN (P.), « *Définition du patrimoine professionnel : dernière modification* » : L'essentiel du droit fiscal, janvier 2011 n° 1, p. 3.
- SERLOOTEN (P.), « *De la prétendue personnalité fiscale de l'entreprise individuelle* » : D. 1984, chron., 175.
- SERLOOTEN (P.), « *Intérêt pratique de l'EURL : une structure d'entreprise à géométrie variable* » : Bull. Joly 1994, § 321, p. 1173.
- SERLOOTEN (P.), « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)* » : D. 1985, chron., p. 187 et A.L.D. 1985, p. 394.

- SERRA (G.), « Les fondement juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'un mort annoncé ? » : Bull. joly 2004, § 185, p. 915.
- SERRA (Y.), « Les fondement et le régime de l'obligation de non-concurrence », In Droit du marché et droit commun des obligations : RTD com., 1998, p. 7.
- SERRA (Y.), « La validité de la clause de non concurrence (de la vente du fonds de commerce au contrat de franchise) » : D. 1987, Chron., p. 113.
- SERRET (J.-J.), « Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié », Dr. social 1994, p. 759.
- SIMILER (Ph.), « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement » : JCP N 1987, I, Doctrine, p. 199.
- SINAY (H.), « Le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudence administrative et judiciaire » : Dr. social 1979, p. 277.
- SOINNE (B.), « Au bonheur des juristes » : Rev. proc. coll. 2010, n° 3, repère, p. 1.
- SOINNE (B.), chron., Petites affiches 14 mai 1997, p. 13.
- SOINNE (B.), « La légalité de la société unipersonnelle libérale » : Rev. proc. coll. 1996, p. 189.
- SOINNE (B.), « La transmission du gage sur matériel d'équipement dans le cadre d'un plan de cession », Petites affiches, 26 janvier 1994, n° 11, p. 13.
- SOINNE (B.), « Le bateau ivre (1^{er} partie) (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collective) » : Petites affiches 14 mai 1997, n° 58, p. 12.
- SOINNE (B.), « L'entreprise" et les lois de 1984 et de 1985 » : Rev. proc. coll., mars 2002, n° 1, p. 19.
- SOINNE (B.), « L'illégalité de la société unipersonnelle d'exercice libéral (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 janvier 1997) » : Petites affiches 19 mars 1997, n° 34, p. 13.
- SOLAL (A.), « Les difficultés d'une construction juridique de l'entreprise : test de l'efficacité de nos procédés de connaissance juridique » : RTD com., 1971, p. 617.
- SOLUS (H.), « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 » : RTD civ., 1943. 81, n° 7.
- SOULEAU (H.), « Les libéralités adressées à la Fondation de France » : Defrénois 1970, 1, p. 257.
- STOLOWY (N.), « De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés » : JCP G 2006, I, n° 114, p. 351.
- STORCK (J.-P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé » : Rev. sociétés 1982, p. 233.
- STORCK (M.), « Aménagement du régime de la société par actions simplifiée » : Banque et droit 1999, n° 67, p. 53.
- SUPIOT (A.), « Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise » : RTD com., 1985, p. 621.
- SUPIOT (M.) et BIROTHEAU (P.), « Assemblée général ordinaire annuelle d'une SARL et approbation des comptes d'une EURL » : JCP E 2010, n° 1390, p. 20.
- SUQUET-COZIC (M.), « L'insaisissable réforme de la déclaration d'insaisissabilité » : BRDA 2008, n° 21, p. 13.
- SYNDET (H.) et GAUDEMET (A.), « EURL et sûretés » : Petites affiches, 28 avril 2011 n° 84, p. 32.
- TANDEAU DE MARSAC (S.), « Réflexions générales d'un praticien » : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 82.
- TEILLIAIS (G.), « Procédure collective et créance civile», à propos de Cass. com., 3 février 1998 : Petites affiches, 28 juillet 1999, n° 149, p. 26.
- TERRAY (J.), « La société une tradition bien vivante » : JCP G 1984, I, doct., n° 3154.
- TERRÉ (F.), « La personne et ses patrimoines » : JCP G 2010, 1328.
- TERRÉ (F.), Gaz. Pal., 19 mai 2011 n° 139, p. 7.
- TESTU (F.X.), « La nature juridique de l'indivision » : D. 1996, chron., p. 176.
- THÉRY (Ph.), « Situation générale », à propos de l'EURL : Dr. et patrimoine, dossier avril 2010, n° 191, p. 85.
- THÉRY (R.), « L'intérêt de la famille » : JCP G 1972, I, 2485.
- THIÉBAUL (H.), « L'employeur et le juge » : Dr. social 1997, n° 2, p. 133.
- THIERRY (J.), « Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement du régime matrimonial ? » : D. 2000, chron., n° 4, p. 68.
- THOMAS (B.), « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : la Vie judiciaire, 17-23 et 24-30 mars 1986.
- THOMAS (J.-B.), « La cession des actifs de l'entreprise individuelle » : RJ com., 1988, n° spéc. 1988, p. 25.

- TORCK (S.) et HOVASSE (H.), « *Loi de modernisation de l'économie : analyse des mesures en faveur des petites et moyennes entreprises (aspects juridiques)* » : Dr. sociétés 2008, n° 11, Étude 10.
- TROCHU (M.), « *L'entreprise : antagonisme ou collaboration du capital et du travail ?* » : RTD civ., 1969, pp. 681-717.
- VALLANSAN (J.), « *Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective* » : JCP E 2010, n° 1083, p. 36.
- VATINET (R.), « *Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés: vers une contre réforme de l'entreprise* » : Dr. social 1997, p. 608.
- VAUVILLÉ (F.), « *Déclaration d'insaisissabilité et procédure collective du déclarant* » : Act. proc. coll. 2003, n° 17, 31 oct. 2003, p. 1.
- VAUVILLÉ (F.), « *La déclaration notariée d'insaisissabilité* » : Bull. joly 2003, § 233, p. 1117 ; même article : Defrénois 2003, art. 37813, p. 1197.
- VAUVILLÉ (F.), « *Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* » : Defrénois 2010, art. 39144, p. 1649.
- VENDEUIL (S.), « *Conséquences juridiques de la dissolution des sociétés unipersonnelles* » : l'actualité fiduciaire 1989, p. 37.
- VENDEUIL (S.), « *Dépôt au greffe des comptes sociaux : sanctions et recours possible* » : JCP E 2000, p. 1506.
- VÉRIGNON (B.), « *A propos de l'exploitation agricole à responsabilité limitée (extrait du rapport de la troisième Commission du 82e Congrès des notaires de France, Nice 1986)* » : JCP N 1986, I, p. 69.
- VIDAL (A.), « *Affectio societatis et partage du risque d'entreprise* » : Rev. huiss. 1993. 3.
- VIDAL (D.), « *Une analyse juridique de l'entreprise* », Petites affiches 9 juillet 1986, n° 82.
- VIDAL (D.), « *La transmission universelle du patrimoine d'une EURL à l'associé unique en cas de dissolution* » : Dr. sociétés, Repères, n° 2, février 1999.
- VIDAL (D.), « *Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée (Commentaire de l'article 3 de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche)* » : Dr. sociétés août-septembre 1999, chron., n° 15, p. 4.
- VIGREAX (S.), « *Les difficultés d'application de l'article 93 de la loi du 25 janvier 1985* », Rev. proc. coll. 1999, p. 141.
- VIGUIER (D.), « *La protection du patrimoine personnel du chef de l'entreprise* » : D. 2009, p. 175.
- WAQUET (Ph.), « *Emploi et profit* » : RJS 5/2006, p. 351.
- WAQUET (Ph.), « *La cause économique du licenciement* » : Dr. social 2000, p. 168.
- WAQUET (Ph.), « *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail* » : RJS 1996, p. 791.
- WAQUET (Ph.), « *Le juge et l'entreprise* » : Dr. social 1996, p. 472.
- WAQUET (Ph.), « *Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale* » : Dr. social 2002, p. 264.
- WAQUET (Ph.), « *Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique* » : Dr. social 1995, p. 482.
- WAQUET (Ph.), « *Les libertés dans l'entreprise* » : RJS 2000, p. 335.
- WATINE-DROUIN (C.), « *Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis* » : RTD civ., 1988, p. 267.
- WILLIATTE-PELLITTERI (L.), « *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1^{er} août 2003 : la boîte de pandore du monde des affaires ?* » : Petites affiches 9 août 2004, n° 158, p. 3.
- WITZ (Cl.) et HAUPTMANN (J.-M.), « *La constitution de la SARL unipersonnelle en droit allemand (loi du 4 juillet 1980)* », Gaz. Pal. 1982, I, doct. 133.
- YAMBA (G.), « *La préservation des droits de l'enfant naturel en dépit de changement de régime matrimonial de son auteur* » : JCP N 1997, I, p. 1455.
- ZÉNATI (F.), « *La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* » : RTD civ., 1985, p. 772.
- ZOLYNSKI (C.), Petites affiches 28 avril 2011 n° 84, p. 51.

MÉLANGES, CONGRÈS ET CONTRIBUTIONS À OUVRAGES COLLECTIF

- ALFANDARI (E.), « *Le patrimoine de l'entreprise associative* », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean DERRUPPE, Paris, GLN-Joly, Litec, 1991, p. 265.
- ALIBERT (J.), « *À la recherche d'une technique juridique pour l'entreprise individuelle* », in *Dix ans de droits de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p. 65 et s.
- AMIAUD (J.), « *L'affectio societatis* », Mélanges SIMONIUS, in *Aequitas und bona fides, Festgabe Zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1955, p. 1.
- AUBERT (F.), « *La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collective dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation* », in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges P. BÉZARD, Paris, Montchrestien, 2002, p. 287.
- BARRET (O.), « *À propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société* », in *Prospectives du droit économique, dialogues avec Michel JEANTIN*, Mélanges M. JEANTIN, Paris Dalloz, 1999, p. 110.
- BASTIAN (D.), « *la situation des sociétés avant leur immatriculation au registre de commerce* », In Mélanges H.CABRILLAC, Paris, Litec, 1968, p. 23.
- BAUGNIER (J.), « *La société d'une seule personne* », In *Liber amicorum*, 1966, t. II, éd. STORY-SCIENTIA/JENT, p. 163.
- 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 et s.
- BÉGUIN (J.), in « *Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises* » : 64^e Congrès des notaires de France, Royen 1966, T. II., p. 235, spéc. p. 242.
- BERGEL (J.-L.), « *Les clauses de non concurrence en droit positif français* », in études offertes à A. JAUFFRET, P.U.A.M., Aix-Marseille, 1974, p. 21 et s.
- BERTREL (J.-P.), « *Le débat sur la nature de la société* », in *Droit et vie des affaires*, étude à la mémoire d'A. SAYAG, Paris, Litec, 1997, p. 131.
- BILLIAU (M.), « *Toujours pas de cession de dettes en droit positif, même à l'occasion d'une cession légale de contrat* », Mélanges J. BÉGUIN, Paris, Litec, 2005, p. 17.
- BILLION (P.), « *EIRL et droit comptable* », in *EIRL L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Paris, Litec 2011, coll. Droit 360°, n° 461, p. 198.
- BRENNER (C.), « *L'ineffectivité de l'exécution forcée* », In *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Paris, EJT. Coll. Dr. et procédures, 2007, n° 77, p. 51.
- BRUNET (A.), « *De la distinction de l'homme et de l'entreprise* », In *Aspects actuels du droit commercial français*, Études dédiées à R. ROBLOT, Paris, LGDJ., 1984, p. 471.
- CABRILLAC (M.), « *Remarques sur la théorie général du contrat et les création récentes de la pratique commerciale* », In Mélanges G. MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.
- CANALES (G.), REYNIS (B.), « *Quel avenir pour le patrimoine professionnel ?* », in 83^e Congrès des Notaires de France, 3^e commission, p. 525 et s., et p. 565 et s, et conclusion général, p. 647 et s.
- CARBONNIER (J.), « *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille* », in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles 1984, p. 99.
- CATALA (P.), « *Le mineur héritier en droit commercial* », in *Dix ans de conférences d'agrégation*, études de droit commercial offertes à Josef Hamel, Paris, Dalloz, 1961, p. 162.
- CHAMPAUD (Cl.), « *Catégorie d'actions ou sortes d'actionnaires* », in *Prospectives du droit économique, dialogues avec Michel JEANTIN*, Mélanges M. JEANTIN, Paris Dalloz, 1999, p. 182.
- CHAMPAUD (Cl.), « *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit* », In *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?* : Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, 1999, p. 69.
- CHAMPAUD (Cl.), « *Le contrat de société existe-t-il encore ?* », in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux du centre de recherche juridique et judiciaire de Rennes, Paris, Economica, 1987, p. 135.
- CHAMPAUD (Cl.), « *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée* », Rapport du group d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français : RTD. Com., 1979, p. 579.
- CHAMPAUD (Cl.), « *Les groupement et organisme sans personnalité juridique en droit commercial français* », Rapport à l'association H. CAPITANT, travaux. Ass. CAPITANT, t. XXI, 1969, 1974, p. 119.

- CHAMPAUD (Cl.) et J. PAILLUSSEAU, « *L'entreprise et le droit commercial* », A. COLIN, Dossiers U2., 1970, p. 40.
- CHEVALLIER (J.-Y.), « *Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives* », in *Faillites*, ouvrages collectif sous la direction de R. RODIÈRE, Paris, Dalloz 1970, p. 78.
- CLARIS (M.) et PISANI (Ch.) et BOUCKAERT (F.), « *Métamorphose du patrimoine de l'entreprise* », in *La transmission des entreprises*, 86e Congrès des notaires de France, 1990, p. 21.
- Colloque sur le monde associatif, 92^e Congrès des notaires de France, Deauville 1996 : Petites affiches 24 avril 1996.
- CONSTANTIN (A.), « *L'intérêt social : quel intérêt ?* », in *Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL : Mélanges*, Levallois-Perret, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 317.
- COUTURIER (G.), « *L'intérêt de l'entreprise* », in *Les orientations sociales du droit contemporain : Mélanges écrits en l'honneur du Professeur J. SAVATIER*, Paris, PUF 1992, p. 142.
- COUTURIER (G.), « *Que reste-t-il de la section syndicale d'entreprise* », in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXI^e siècle : Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Paris, Dalloz, 2001, p. 25.
- DE KIRALY (F.), « *Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système* », in *Recueil d'étude sur les sources du droit*, Études F. GENY, Paris, Sirey, 1935, p. 111 et s.
- DEBOISSY (Fl.), « *Le contrat de société* », in *Travaux de l'association Henri CAPITANT, Le contrat, Journée Brésiliennes. LV, Société de législation comparée*, 2008.
- DERRIDA (F.), « *De la nature des sociétés par intérêt depuis la loi du 24 juillet 1966* » : in *Études offertes à A. AUDINET*, Paris, PUF, 1968, p. 43.
- DERRUPE (J.), « *L'entreprise entre le patrimoine et la personne* », in *Mélanges dédiés au président Michel DESPAX*, Toulouse, Presse de l'université des sciences sociales, 2002, p. 49.
- DERRUPPÉ (J.), « *Le sort de la société commerciale qui n'a plus qu'un seul associé* », in *Mélanges Daniel BASTIAN*, t. I, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 1974, p. 57.
- DESBARATS (I.), « *La notion d'unité économique et sociale en droit du travail* », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Toulouse, Presse de l'université des sciences sociales, 2002, p. 75.
- DESPAX (M.), « *L'évolution du droit de l'entreprise* », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Écrit en l'honneur de J. SAVATIER, textes publiés par P. COUVRAT, Paris, PUF., 1992, p. 177.
- DIDIER (P.), « *Brèves notes sur le Contrat-organisation* », in *L'avenir de droit*, Mélanges en Hommage à François TERRÉ, Paris, Dalloz, 1999, p. 635.
- DIDIER (P.), « *Esquisse de la notion d'entreprise* », in *Mélanges P. VOIRIN*, Paris, LGDJ., 1967, p. 209 et s.
- DUBUISSON (É.) et GERMAIN (M.), « *L'affectation du patrimoine : transmission* » : in *EIRL L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, sous la direction de F. TERRÉ, Paris, Litec, 2011, coll. Droit 360°, p. 69 et s.
- DURAND (P.), « *La notion juridique de l'entreprise* », *Travaux de l'association H. CAPITANT*, t. 3, 1947, Paris, Dalloz 1948, p. 49 et s.
- DURAND (P.), « *Introduction à un rapport sur la notion juridique de l'entreprise* » présenté aux journées de l'association Henri Capitant de 1947, Paris Dalloz.
- DURAND (P.), « *L'évolution de la condition des personnes morales de droit privé* », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, Études offertes à G. RIPERT t. I, Paris, LGDJ., 1950, p. 138.
- FRIEDEL (G.), « *À propos de la notion d'entreprise* », In *Les aspects actuels du droit commercial français*, Etudes dédiées à R. ROBLOT, Paris, LGDJ., 1984, p. 97.
- GALVÃO TELES (I.), « *La cession de contrat* », Rapport général au III^e congrès de droit comparé, Londres 1950 : RIDC. 1951, p. 217 et s.
- GERMAIN (M.), « *Naissance et mort des sociétés commerciales* », études dédiées à R. ROBLOT, Aspect actuels du droit commercial français, Paris, LGDJ., 1984, p. 220.
- GHESTIN (J.), « *La transmission des obligations en droit positif* », travaux des IX^{ème} journées d'études juridiques J. DABIN déroulées à Louvain-la-Neuve les 23 et 24 novembre 1978, éd., Bruylant/L.G.D.J. 1980, t. XII, éd., 1980, p. 48 et s.
- GHESTIN (J.), « *Le mandant d'intérêt commun* », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offertes à J. DERRUPÉ, Paris, GLN. Joly, Litec 1991, p. 105.
- GIRAY (M.), In « *La transmission des entreprises, vaincre les obstacles* », 86^e congrès des notaires de France, Lille 20/23 mai 1990, p. 14.

- GOLDMAN (B.), Rapport de synthèse au XV^e Congrès international du notariat latin, « *L'entreprise et le droit* », Revue du Conseil supérieur du Notariat, Journal Poste Congrès.
- GOUBEAUX (G.), « *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens* », in *Aspect actuel du droit commercial français*, Études dédiées à R. ROBLLOT, Paris, LGDJ., 1984, p. 199.
- GRISOLI (A.), « *Les sociétés d'une seule personne en droit comparé* », Études JAUFFRET, Aix-en-Provence, publié par la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille 1974, p. 361.
- GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), « *La qualification* », Lexique des termes juridiques, (Sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, 14 éd. Dalloz 2003.
- HAMEL (J.), « *Quelques réflexions sur le contrat de société* », in *Mélanges en l'honneur de J. DABIN*, t. II, Droit positif, Paris, éd., Sirey, 1963, p. 645.
- HAURIOU (M.), « *La théorie de l'institution et de la fondation* », Cahiers de la nouvelle journée, n° 4, 1925.
- HAUSSER (J.), « *L'apport du droit économique à la théorie général de l'acte juridique* », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ, Paris, Litec, 1991, p. 3, n° 5.
- HÉBRAUD (P.), « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, *Droit comparé : théorie générale du droit et droit privé*, Université de Toulouse, Paris, éd., Dalloz et Sirey, 1960, p. 420.
- HÉBRAUD (P.), Rapport au 1^e Colloque des IEJ, in *La logique judiciaire*, Travaux et recherches de la faculté de droit et de science économique de Paris, PUF, 1969, p. 47.
- HILAIRE (J.), « *Une histoire du concept d'entreprise* », in *Le privé et le public : Archive de philosophie du droit* Paris, Sirey, 1997, p. 341.
- HIRSCH (M.), In, *Vingt ans de recherches pluridisciplinaires...à propos des structures juridiques de l'entreprise*, Paris, CREDA 1968-1988, débat, p. 27.
- JAUFFRET (A.), « *Créancier de l'entreprise et créanciers de la personne en droit français* », in *Liber amicorum*, 1966, t. II, éd. STORY-SCIENTIA/JENT, p. 637.
- JEANTET (F.-C.), « *Aspect du droit économique* », in *Dix ans de conférences d'agrégation*, Études de droit commercial offertes à J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1961, p. 33 et s.
- JEANTIN (M.), « *La transmission universelle du patrimoine d'une société* » : in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean DERRUPPÉ, Paris, GLN-Joly, Litec, 1991, p. 287.
- LAGARDE (A.), « *De la société anonyme à l'entreprise publique* », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Etudes offertes à G. Ripert, T.II, Paris, LGDJ., 1950, p. 296.
- LAMBERT (G.), « *Introduction à l'examen de la notion juridique de l'entreprise* », in *Études offertes à P. KAYSER*, tome II, PU d'Aix Marseille, 1979, p. 77.
- LAUGIER (D.), « *La mise en société de l'entreprise* », In, Rapport au 64^e Congrès des notaires de France, « *Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises* », Royan mai 1966, p. 19 et s.
- LEGARDE (G.), « *La limitation de la responsabilité dans les entreprises commerciales et les moyens de parer à ses danger* », Rapport français, travaux de l'association H. CAPITANT, t. 9. 1957, p. 96.
- LEGARDE (G.), « *Propos de commercialiste sur la personnalité morale Réalité ou réalisme ?* », in *Études offertes à A. JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 431.
- LEVAL (N.), « *Intérêt collectif, ordre collectif* », in *Les groupements et le droit : corporatisme néocorporatisme*, sous la direction de M. HECQUARD-THERON, CRIP/CEDH, PU de sciences sociales de Toulouse 1996, p. 155.
- LIBCHABER (R.), « *La société contrat spécial* », in *Prospectives du droit économique, dialogues avec Michel JEANTIN*, Mélanges JEANTIN, Paris Dalloz, 1999, p. 281.
- LYON-CAEN (A.), « *L'avenir du contrôle du pouvoir du chef d'entreprise* », In *Mélanges DESPAX* 2002, p. 95.
- LYON-CAEN (G. et A.), « *La doctrine de l'entreprise* », in *Dix ans du droit de l'entreprise*, FNDE, et avant propos de J.-M. MOUSSERON et de B. TEYSSIE, Paris, Litec, 1978, p. 599.
- LYON-CAEN (G.), « *L'entreprise en droit du travail. Etude de droit contemporain* », Travaux de l'institut du droit comparé, Paris, t, XXX, pp. 323-337.
- LYON-CAEN (G.), *Rapport sur les groupements et organisations sans personnalité juridique et droit du travail*, travaux de l'association H. CAPITANT, 1969, p. 197.
- MARTIN (D.), « *L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine* », in *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, sous la direction de F. TERRÉ, Litec 2011, p. 25.
- MASSART (T.), « *La société sans apport* » : in *Étude de droit privé*, Mélanges offerts à Paul DIDIER,

- Paris, Economica, 2008, p. 289.
- MAY (J.-C.), « *La société : contrat ou institution ?* », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, Paris, LGDJ., 2004, p. 122.
 - MERCADAL (B.), « *La notion d'entreprise* », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean DERRUPPÉ, Paris, GLN-Joly, Litec, 1991, p. 9.
 - MESTRE (J.), « *La société est bien encore un contrat* », in *Mélanges Chr. MOULY*, Paris, Litec. 1998, p. 13.
 - MORTIER (R.), « *L'instrumentalisation de la personne morale* », In *La personnalité morale*, travaux de l'association H. CAPITANT, journée nationales t. XII/la rochelle, Paris, Dalloz 2010, p. 31 et s.
 - Œuvre collective, « *Commentaire de la loi pour l'initiative économique* » : RJ com. 2003, p. 339.
 - PAGES (J.), « *De l'irréductible et incontournable entreprise* », in *Prospectives du droit économique, dialogues avec Michel JEANTIN*, Mélanges M. JEANTIN, Paris Dalloz, 1999, p. 79.
 - PAILLUSSEAU (J.), « *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit* », In Colloque du 25^{ème} anniversaire de la F.N.D.E. : JCP E 1997, n° spec., p. 3.
 - PATARIN (J.), « *Le groupement sans personnalité juridique en droit civil français* », in *Travaux de l'association H. CAPITANT*, t. XXI, *Les groupement et organismes sans personnalité juridique*, Paris, Dalloz, 1969, p. 36.
 - PATRIN (J.), « *Le double face du régime juridique de l'indivision* », in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Paris, Litec 1990, p. 331.
 - PÉLISSIER (J.), « *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire* » : in *Mélanges Jean VINCENT*, Paris, Dalloz 1981, p. 273.
 - PÉROCHON (F.), « *Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence* », in *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger SAINT-ALARY*, Toulouse, Presse de l'université des sciences sociales 2006, p. 409.
 - PIC (P.), « *De l'élément intentionnel dans le contrat de société* » : Ann. dr. com. 1906, p. 153.
 - PLUYETTE (G.), « *La pratique judiciaire* », in *Le régime matrimonial à l'épreuve du temps et des séparations conjugales*, Paris, Economica, 1986, p. 42.
 - POLLAUD-DULIAN (F.), « *Les droits intellectuelles dans la tourmente des procédures collectives* », in *Propriétés intellectuelles*, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON, Paris, Dalloz 1995, p. 365.
 - REVET (M.-Th.), « *La liberté du travail* », in *Libertés et droit et fondamentaux*, Paris, Dalloz, 14^e éd., 2008, p. 723, spéc., p. 762 et s.
 - RIVERO (J.), « *Le régime juridique des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif* » : *Archive de philosophie du droit*, 1952, p. 151.
 - RIVERO (J.), In *La thèse en droit et la recherche juridique*, Association pour une fondation nationale des études de droit, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 40.
 - SAVATIER (R.), « *Avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce* », in *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*, 1965, t. II, p. 901.
 - SCHAEFFER (E.), « *Des causes d'ordre public de dissolution de la société* », in *Dix ans de conférence d'agrégation, Étude de droit commercial offertes à J. HAMEL*, Dalloz 1961, n° 25, p. 241.
 - SÉNÉCHAL (J.-P.), « *L'inclusion d'un matériel dans un plan de cession de la loi du 25 janvier* », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean DERRUPPÉ, Paris, GLN-Joly, Litec, 1991, p. 367.
 - SERLOOTEN (P.), « *L'affectio societatis : une notion à revisiter* » : in *Aspect actuels de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur d'Y. GUYON, Dalloz 2003, p. 1007.
 - SORTAIS (J.-P.), « *La société unipersonnelle* », *Mélanges Bastian*, t. 1, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 1974, p. 325.
 - TERRÉ (F.), « *La distinction de la société et de l'association en droit français* » : in *Mélanges R. Secrétan*, Université de Lausanne, 1964, 1964, p. 325.
 - TEYSSIE (B.), « *L'entreprise en droit du travail* », *Archive de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1997, 355.

IV. JURISPRUDENCE

- Cass. Req., 3 juillet 1827 : S. 1825-1827, 1, p. 631.
- Cass. civ., 2 juin 1834 : S. 1834, 1, p. 603.

- Cass. Req., 23 août 1853 : D. P. 1855. 1. 59.
- Trib. com. seine, 27 février 1856 : Journal des tribunaux de commerce 1857, p. 185.
- Cass. Req., 11 mai 1857 : D. p. 57.1.303.
- Cass. civ., 14 juin 1865 : D. P. 1866, I, p. 132.
- Cass. Req., 5 juill. 1865 : D. 1865, 1, 425.
- Cass. civ., 14 février 1866 : D. 1866, I, 84
- TGI Seine 22 février 1867 : D. 1967, 626.
- Cass. Req., 8 janvier 1872 : D. P. 1872, 1, 194.
- Cass. Req., 15 novembre 1887 : S. 1888, 1, 410.
- Cass. Req., 16 juillet 1889 : D. P. 1890, 1, 440.
- Cass. Req., 23 février 1891 : D. 1891, 1, p. 331 ; S. 1892, 1, p. 72, note E. MEYNIAL.
- Req., 2 mars 1892 : S. 1892, 1, p. 497, note E. MEYNIAL.
- Cass. civ., 30 mai 1892 : D. P. 1893, 1, p. 101 et 105, note E. THALLER.
- Cass. Req., 24 avril 1893 : D. 1893, I, p. 484 ; S. 1894, I, 197, note WAHL.
- CA Paris, 21 février 1900 : D. 1900, 2, p. 476.
- CA Nancy, 14 novembre 1905 : S. 1906, 2, p. 166 ; D. P. 1907, 2, p. 321, note LACOUR.
- CA Caen, 26 juin 1912 : D. P. 1914, II, p. 161.
- Cass. civ., 11 mars 1913 : D. 1914, I, 185, note P. PIC.
- Cass. civ., 26 janvier 1914 : S. 1920, I, p. 27.
- Ch. Réunion, 11 mars 1914 : D. 1914, 1, p. 257, note SARRUT.
- Cass. civ., 15 janvier 1918 : D. P. 1918, 1, jur., p. 17.
- Cass. Req., 15 décembre 1920 : S. 1920, 1, p. 17, note G. BOURCART.
- Cass. civ., 15 juillet 1924 : D. 1926, p. 127.
- CA Rouen, 28 novembre 1925 : D. H. 1927, 2, p. 172, note J. LEPARGNEUR.
- Cass. Req., 13 mai 1929 : S. 1929, I, 289, note H. ROUSSEAU.
- CA Paris, 9 avril 1930 : S. 1930, 2, p. 116.
- CA Rennes 16 juin 1930 : JDI 1931, p. 1099.
- Cass. Req., 12 mai 1931 : S. 1932, 1, p. 57.
- Cass. civ. 21 octobre 1931 : D. P. 1933, p. 100, note P. CORDONNIER.
- Cass. Req., 3 novembre 1932 : D. H. 1932, p. 570.
- Cass. soc., 27 février 1934 : S. 1934, 1. 179, Arrêt Goupy
- Trib. com. Seine 2 mars 1935 : D. H. 1936, somm., p. 7.
- CA Angers, 9 juillet 1935 : D. H. 1935, p. 513.
- CA Poitiers, 25 mai 1936 : S. 1936, 2, jur., p. 197, note H. R.
- Cass. civ., 12 janvier 1937 : D. H. 1937, p. 99 ; JCP G 1937, II, 138 ; RTD civ., 1937, p. 368, n° 29, obs. R. DEMOGUE.
- CA Rouen, 15 novembre 1938 : S. 1939, 2, 151.
- Cass. Req., 6 décembre 1938 : Gaz. Pal. 1939, I, p. 103.
- Cass. Req., 22 février 1939 : D. P. 1940, I, p. 5, note G. RIPERT.
- Cass. Req., 3 septembre 1940 : D. 1941, p. 37 ; JCP G 1940, II, 1557, note J. BECQUÉ.
- Paris 21 octobre 1942 : Gaz. Pal. 1942, 2, p. 229 ; RTD civ., 1943, p. 49, obs. J. CARBONNIER.
- Cons. État., 7e et 8e sous sect. réunies, 16 février 1944 : Rec. CE., n° 76809 ; Revue des impôts, 1944, article 6178.
- Cass. civ., 14 décembre 1944 : S. 1946, I, p. 105, note R. PLAISANT.
- Cass. soc., 16 juin 1945 : Dr. social 1946, p. 427, note P. DURAND.
- Cass. civ., 12 mars 1946 : D. 1946. 268 ; JCP G 1946, II, 3114, note R. C.
- Cass. civ., 4 juin 1946 : JCP G 1947, II, n° 3518, note D. BASTIAN ; S. 1947, I, p. 153, note P. BARBRY.
- Cass. Req., 18 novembre 1946 : JCP G 1947, II, n° 3854, note D. BASTIAN.
- Cass. civ. 7 janvier 1947 : RTD civ., p. 1947, p. 201, obs. J. CARBONNIER ; JCP G 1947, II, 3510, note J. BECQUE.
- Trib. com., St Étienne, 12 juin 1947 : Gaz. Pal. 1947, 2, p. 106.
- Cass. civ., 24 mai 1948 : D. 1948, 1, p. 417, note R. LENOAN ; RTD civ., 1949, p. 107, obs. R. SAVATIER.
- Cass. com., 21 juin 1950 : JCP G 1950, II, 5898, note, A. COHEN.

- Cons. État., 7e et 8e sous. sect. réunies, 21 janvier 1952 : Rec., CE., n° 14.878, concl. Cl. LASRY.
- Trib. civ. Metz, 13 juillet 1950 : JCP G 1952, II, 6812, note D. BASTIAN.
- Cass. com., 10 juin 1953 : JCP G 1954, II, 7908, note D. BASTIAN.
- Cass. com., 6 octobre 1953 : S. 1954, 1, p. 149, note ROBERT- D. 1954, p. 25 ; RTD com., 1954, p. 838.
- CA Lyon, 18 décembre 1953 : D. 1953, p. 241 ; JCP G 1953, IV, p. 158.
- Cass. civ., 1re, 26 mai 1954 : JCP G 1954, II, 8377.
- Cass. com., 23 juin 1954 : RTD com., 1954, p. 874, obs. R. HOUIN.
- CA Aix, 5 octobre 1954 : JCP G 1955, II, 8548, note R. RODIÈRE.
- Cass. com., 15 mars 1955 : Bull. civ. III, n° 100.
- Cass. com., 21 juin 1955 : JCP G 1955, II, 8877, note B. LESCOT.
- Cons. État., 7e et 8e sous. sect. réunies, 13 juillet 1955 : Rec. CE., n° 17.908, p. 434 ; Dr. fiscal 1955, doctrine, n° 21, p. 6, concl. POUSSIÈRE.
- Cass. com., 17 janvier 1956 : D. 1956, p. 265, note R. HOUIN ; JCP G 1956, 9601, note R. GRANGER.
- Cass. soc., 31 mai 1956 : Dr. social 1956, p. 489 ; D. 1958, p. 21, note G. LEVASSEUR ; JCP G 1956, II, 9397, note P. ESMEIN.
- Cass. com., 27 mai 1957 : D. 1957, jur., p. 428 ; JCP G 1957, II, 10075, obs. J. NECTOUX.
- Cass. com., 17 mars 1958 : JCP G 1959, 2, 10915, note J. NECTOUX.
- Cass. Civ., 1re 17 décembre 1958 : D. 1959, p. 33.
- Cass. soc., 5 novembre 1959 : Bull. civ. IV, n° 1089 ; Cass. soc., 15 décembre 1961 : JCP G 1962, II, 12507.
- Cass. com., 3 janvier 1961 : D. 1961, p. 292.
- Cass. com., 18 avril 1961 : D. 1961, p. 661 ; JCP G 1961, II, 12164, note D. BASTIAN ; RTD com., 1961, p. 634, obs. R. HOUIN.
- Cass. com., 19 avril 1961 : Bull. civ. III, n° 180.
- Com. 20 mai 1962 : Bull. civ. III, n° 290, p. 238.
- CA Chambéry, 26 novembre 1962 : D. 1963. somm., p. 82.
- Cass. civ., 3e, 19 décembre 1962 : Bull. civ. III, n° 524.
- Cass. com., 18 mars 1963 : Bull. civ. III, n° 159.
- Cass. com., 21 mai 1963 : RTD com., 1963, p. 891, obs. R. HOUIN.
- Paris, 18 février 1964 : JCP G 1964, II, 13598, note RD ; RTD civ., 1964, 760, obs. G. CORNU.
- Paris 22 mai 1965 : D. 1968, p. 147, note R. CONTIN.
- Cass. civ., 11 juin 1965 : RTD com., 1965, p. 861, obs. R. HOUIN.
- Cass. civ., 1re, 6 octobre 1965 : D. 1966, somm., p. 70.
- Cass. civ., 2e, 10 décembre 1965 : RTD com., 1966, p. 614, obs. R. HOUIN.
- CA Paris 26 mars 1966 : Gaz. Pal. 1966, p. 400 ; RTD com., 1966, p. 351, obs. R. HOUIN.
- Cass. com., 2 janvier 1967 : RTD com., 1967, p. 862, obs. R. HOUIN.
- Cass. com. 24 mai et 16 juillet 1967 : RTD com., obs. R. HOUIN.
- Cass. com., 30 octobre 1967 : RTD com., 1968, p. 131, obs. R. HOUIN.
- Cass. com., 23 janvier 1968 : RTD com., 1968, p. 1134, obs. R. HOUIN.
- Rennes 23 février 1968 : JCP G 1969, II, 1622, note J. PAILLUSSEAU et R. CONTIN ; D. 1968, 147, note R. CONTIN.
- Cass. civ., 3e, 23 mars 1968 : D. 1970, p. 664, PH. JESTAZ.
- Cass. civ., 3e, 10 mai 1968 : D. 1969. 45, note C. GIVERDON ; RTD civ., 1969, p. 357, obs. J.-D. BREDIN.
- Cass. com., 15 oct. 1968, Gaz. Pal. 1968, 2, p. 395 ; Defrénois 1971, p. 177, obs. J.-L. AUBERT.
- CA Aix-en-Provence 22 mai 1969 : JCP G 1970, II, 16174, note J.-P. SORTAIS.
- Cass. civ., 3e, 6 février 1969 : Rev. sociétés 1969, p. 264, note J. G ; D. 1969, p. 434, note B. BOULOC.
- Cass. com. 21 janvier 1970 : JCP G 1970, II, 16541, note B. OPPETIT ; Rev. sociétés 1970, p. 292, note J.G. ; RTD com., 1970, p. 738, n° 16, obs. R. HOUIN.
- Cass. civ., 1re, 9 février 1970 : JCP G 1971, II, 16806, note M. DAGOT et R. SPITERI ; RTD civ., 1970, p. 752, obs. Y. LOUSSOUARN.
- CA Aix-en-Provence, 7 avril 1970 : Rev. sociétés, 1971, p. 576, note, D. SCHMIDT ; JCP G 1970. II. 16466.

- Trib. pol. Quimper, 17 juin 1970 : JCP G 1971, II, 16730, note Y. GUYON ; Rev. sociétés 1970, p. 674, note GUYENOT.
- Cass. civ., 3e, 7 janvier 1971 : D. 1971, somm., p. 116 ; JCP G 1971, II, 16856, note L. MOURGEON ; Gaz. Pal. 1971, 1, 219.
- Cass. crim. 24 avril 1971 : Rev. sociétés 1971, p. 608, note B. BOULOC ; RTD civ., 1971, p. 688, note P. HEBRAUD.
- Cass. civ. 3e, 1er juillet 1971 : D. 1972, 436, note LARROUMET.
- Cons. État., 7e 9e sous. sect. 20 octobre 1971: Rec., CE., n° 79.553, p. 620; Dr. fiscal 1972, n° 50, comm., n° 1804, Concl. DELMAS-MARSALET.
- Cass. civ. 27 octobre 1971 : Bull. civ. II, n° 289, p. 211.
- Trib. com., Meaux, 9 novembre 1971 : Rev. sociétés 1973, p. 152, note J. G.
- Rennes 22 novembre 1971 : RTD com., 1974, p. 101, obs. Cl. CHAMPAUD.
- Cass. soc. 22 mars 1972 : D. 1972, 468.
- Cass. soc., 22 mars 1972 et 18 juillet 1979 : Dr. Social 1980, 44, note J. SAVATIER.
- Cass. civ., 3e, 10 mai 1972 : RTD civ., 1972, p. 773, obs. Y. LOUSSOUARN.
- Paris 29 septembre 1972 : D. 1975, 540, note C.-I. FOULON-PIGANIOL ; JCP G 1974, II, 17620, note P. THÉRY.
- Cass. com. 27 novembre 1972 : Rev. sociétés, 1974, p. 86, note A. HONORAT.
- Cons. État., 28 novembre 1973 : Rec. CE., n° 87191 : Dr. fiscal, 1974, n° 5, comm., p. 131.
- Cass. civ. 31 janvier 1974 : JCP G 1974, IV, 92.
- Tl. Paris 12 juin 1974 : RTD civ., 1975, p. 573, n° 10, obs. C. GIVERDON.
- Cass. 1re civ., 18 juin 1974 : Bull. civ. 1974, I, n° 198.
- Cass. com., 18 juin 1974 : Bull. civ. IV, n° 199.
- Trib. com., Paris, 1er août 1974 : Rev. sociétés, 1974, p. 685, note B. OPPETIT.
- Cass. civ. 3e, 8 janvier 1975 : Rev. sociétés 1976, p. 301, I, note BALENSI.
- Ass. Plén. 14 février 1975 : D. 1975, p. 349 ; RTD com., 1975, p. 472, obs. M. PÉDAMON.
- Cass. crim. 25 novembre 1975 : Bull. crim., n° 257 ; Rev. sociétés 1975, p. 655, note B. BOULOC ; JCP G 1976, II, 18476, note M. DELMAS-MARTY.
- Cass. crim., 16 décembre 1975 : Bull. crim, n° 269.
- Cass. civ. 1re, 6 janvier 1976 : D. 1976, jur., p. 253, note A. PONSARD; même note, Defrénois 1976, art. 31122, p. 787 ; JCP G 1976, II, 18461, obs. J. PATARIN ; RTD civ., 1976, p. 537, obs. R. NERSON.
- Cass. com., 7 janvier 1976, Laroche : D. 1976, p. 277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, RTD com., 1976, p. 171, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE
- Cass. com., 22 avril 1976 : Rev. sociétés 1976, p. 479, obs. D. SCHMIDT ; D. 1977, 4, note J.-J. BOUSQUET;
- Cass. 3e civ., 22 juin 1976 : D. 1977, 619, note P. DIENER.
- CA Paris, 3e ch. 15 novembre 1976 : JCP G 1979, II, 19129, note J. EVESQUE; D. 1978, IR. p. 249, obs. J.-Cl. BOUSQUET.
- Cass. 1re civ. 23 mai 1977 : D. 1978, p. 89, note M. JEANTIN.
- Orléans 22 février 1978 : JCP G 1980, n° 19403, note Y. GUYON.
- Cass. civ., 1re, 24 octobre 1978 : JCP G 1979, IV, 7.
- Cass. soc., 17 janvier 1979 : Bull. civ., V, n° 41 ; D. 1979, IR. 298.
- Cass. soc., 18 juillet 1979 : Dr. Social 1980, 44, note J. SAVATIER.
- Cass. soc., 4 janvier 1980 : Bull. civ., n° 6, p. 5.
- Cass. com., 30 mai 1980 : Rev. sociétés 1980, p. 311, note D. SCHMIDT.
- Cass. soc., 30 mai 1980 : Bull. civ., V, n° 473.
- Colmar, 8 octobre 1980 et 29 avril 1981 : D. 1982, p. 43, note D. D'AMBRA et A.-M. BOUCON.
- Cass. soc., 29 janvier 1981 : Bull. civ., 1981, V, n° 79, p. 57.
- CA Rouen 3 février 1981 : Defrénois 1981, art. 32697, n° 74, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ., 1982, p. 389, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; D. 1982, IR. 236, obs. D. MARTIN.
- Trib. com., Paris, 4 mars 1981 : RJ com., 1982, p. 7, note P. DE FONTBRESSIN.
- Paris 11 juin 1981 : Rev. sociétés 1982, p. 297, note J.-L. SIBON ; JCP CI 1982, n° 10923, n° 14, obs. Y. GUYON et G. COQUEREAU.
- TGI Paris, 16 octobre 1981 : D. 1983, IR. 173, obs. D. MARTIN.

- TGI Paris 12 février 1982 : Defrénois 1983, 1, p. 1344, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ., 1984, p. 137, obs. J. PATARIN.
- Cass. com., 5 mai 1982 : Bull. civ. IV, n° 156.
- Cass. com., 18 mai 1982 : Rev. sociétés 1982, p. 804, note P. LE CANNU.
- Cass. civ. 1re, 8 juin 1982 : Defrénois 1982, art. 32944, G. CHAMPENOIS.
- CA Aix, 28 Septembre 1982 : Rev. Sociétés 1983, p. 773, note J. MESTRE.
- Cass. Soc., 14 octobre 1982 : D. 1984, p. 46, note F. DERRIDA.
- CA Paris, 28 octobre 1982 : RIDA janvier 1983, p. 142 ; D. 1983, IR. p. 513, obs. C. COLOMBET.
- Cass. civ. 1er, 14 décembre 1982 : D. 1983, p. 416, note L. AYNÈS ; RTD civ., 1983, p. 531, obs. F. CHABAS.
- Cass., com., 21 décembre 1882 : BRDA 1983/12, p. 21 ; RTD com., 1983, p. 476, obs. Ph. MERLE ; Bull. joly 1983, p. 194, § 84.
- CA Paris, 9 mars 1983 : IR, p. 348, obs. D. MARTIN.
- CA Aix-en-Provence, 1er avril 1983 : Bull. joly 1984, p. 1004, n° 368-1.
- Cons. Const., 28 mai 1983 : D. 1984, p. 159, note L. HAMON.
- Cass. civ. 3e, 31 mai 1983 : JCP G 1984, II, 20156, note B. PETIT.
- Cass. crim., 7 juin 1983 : Rev. sociétés 1984, p. 119, note B. BOULOC.
- Cass. soc., 7 juillet 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, p. 552 et s, Conclusions de L'Avocat général PICCA.
- CA Rouan, 20 octobre 1983 : D. 1985, p. 161, J.-J. DAIGRE ; Rev. sociétés 1984, p. 764, M.N. LEGRAND ; RJ com., 1985, p. 132, F. CHERCHOULY-SICARD.
- Cass. civ. 3e, 9 novembre 1983 : Defrénois 1984, art. 33368, 1011, n° 78, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ., 1985, p. 154, obs. J. MESTRE.
- Cass. soc., 2 février 1984 : D. 1984, 321, note G. PICCA et H. ECOUTIN.
- CA Lyon 23 février 1984 : D. 1985, 127, note H. CROZE et Y. REINHARD.
- Cass. com., 17 juillet 1984 : Rev. sociétés 1984, 791, note J. GUYÉNOT.
- Cass. com., 23 octobre 1984 : Rev. sociétés 1986, p. 97, note J.-J. DAIGRE.
- Cass. civ., 3e, 30 octobre 1984 : Defrénois 1985, art. 33481, n° 18, obs. H. SOULEAU ; RTD civ., 1985, p. 419, obs. C. GIVERDON.
- Cass. civ., 1re, 13 novembre 1984 : D. 1985, p. 104, note A. BRETON ; RTD civ., 1985, p. 756, obs. J. PATARIN ; Defrénois 1985, art. 33489, n° 35, obs. G. CHAMPENOIS.
- Cass. crim., 4 février 1985 l'arrêt Rozenblum, : JCP E 1985, II, 14614, note W. JEANDIDIER ; D. 1985, p. 478, note D. OHL.
- CA Paris 26 janvier 1986 : RTD com., 1986, p. 518, n° 2, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.
- Cass. civ., 11 mars 1986 : Bull. joly 1986, 506, note W. LE BRAS.
- Cass. com., 3 juin 1986 : Rev. sociétés 1986, p. 585, note Y. GUYON.
- Cass. soc. 12 juin 1986 : D. 1986. 461, note J.-P. KARAKUILLIO ; Dr. social 1986, p. 608, concl. G. PICCA, note H. BLAISE, p. 837 et A. LYON-CAEN, p. 848.
- Cass. civ. 1re, 17 juin 1986 : JCP G 1987, II, 20809, obs. M. HENRY.
- Cass. civ. 1re, 4 novembre 1987 : Rev. sociétés 1987, note Y. GUYON.
- Cass. civ., 1re, 1 janvier 1988 : Bull. civ. n° 7.
- Cass. com. 19 janvier 1988 : D. 1988, p. 565, note J.-P RÉMERY.
- Versailles, 26 février 1988 : Bull. joly 1988, p. 355, § 105, note P. LE CANNU,
- CA Paris, 3e ch. B, 15 avril 1988 : Gaz. Pal., 1989, 1, p. 87.
- Cass. civ., 3e, 12 juillet 1988 : Bull. civ. III, n° 126, p. 69 ; D. 1988, IR. 234 ; RTD com., 1989, p. 217, obs. M. PÉDAMON ; RTD com., 1990 p. 192 obs. M. PÉDAMON.
- Cass. soc., 13 octobre 1988 : D. 1988, p. 122, note Y. SERRA.
- Cass. soc., 13 octobre 1988 : Bull. civ., V, n° 492.
- Cass. crim., 4 novembre 1988 : Bull. joly 1989, § 59, note M. JEANTIN.
- Cass. com. 8 novembre 1988 : RTD. com., 1989, p. 137, obs. A. MARTIN-SERF.
- Cass. soc., 8 novembre 1988 : Bull. civ. V, n° 572.
- Cass. civ., 3e, 16 novembre 1988 : D. 1989, jur., p. 157, note Ph. MALAURIE.
- Cass. soc., 16 décembre 1988 : Bull. civ. n° 590.
- Cass. com., 14 février 1989 : Bull. civ. IV, n° 61 ; D. 1989, IR. p. 78 ; Petites affiches, 27 octobre 1989, p. 69, A. PERDRIAU ; JCP E 1990, I, 3468, n° 55 ; Rev. sociétés 1989, p. 633, note D. RANDOUX.

- Cons. État, 26 avril 1989 : D. 1990, somm., p. 139, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.
- Cass. civ., 3e, 10 mai 1989 : RTD civ., 1990, p. 69, obs. J. Mestre ; D. 1990, jur., p. 365, note G. Virassamy ; Gaz. Pal. 1990, 1, 54, note J. LACHAUD.
- Cass. com., 17 mai 1989 : Rev. sociétés 1990, p. 32 et s, note J.-P. SORTAIS.
- CA Paris, 17 mai 1989 : D. IR. p. 183 ; Cah. dr. Auteur, février 1990, p. 21.
- Cass. civ., 1re, 5 juillet 1989 : Defrénois 1989, 1143, obs. G. CHAMPENOIS.
- Cass. com., 10 juillet 1989 : RJF 11/1989, n° 1291, p. 665.
- TGI Grenoble, 25 juillet 1989 : D. 1989. 536, note G. CHAMPENOIS.
- CA Paris 8 novembre 1989 : Bull. joly 1990, p. 98, n° 21, M. JEANTIN ; JCP E 1990, II, 15677, n° 3, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.
- CA Paris 24 novembre 1989 : JCP E 1991, I, 61, n° 3, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.
- Cass. com., 28 novembre 1989 : Rev. sociétés, 1990, p. 240.
- CA Poitiers, 6 février 1990 : D. 1990, somm., p. 332, obs. Y. SERRA.
- Cass. ass. Plén. 16 mars 1990 : D. 1990, p. 305, note A. LYON-CAEN ; Dr. Social 1990, p. 399, concl. H. DONTENWILLE, et p. 412 note G. COUTURIER, et p. 416, note X. PRÉTOT ; RJS 1990, p. 219, n° 281 et 282, et concl. H. DONTENWILLE, p. 206.
- Cass. civ., 3e, 22 mars 1990 : RD imm. 1991, p. 258, obs. P. CAPOULADE.
- Cass. soc., 4 avril 1990 : Dr. social 1990, 803, note, J. SAVATIER.
- Cass. soc., 9 mai 1990 : Bull. civ., V, n° 210 ; JCP 1992, II, 21889, note, J. AMIEL-DONAT.
- Cass. soc., 16 mai 1990 : RJS 1990, n° 553, p. 388.
- CA Besançon, 16 mai 1990 : JCP G 1991, II, n° 21756, note A. TISSERAND.
- Cass. soc., 13 juin 1990 : RJS 1990, n° 554, p. 388.
- Cass. soc., 27 juin 1990 : RTD com., 1990, p. 602, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN.
- Cass. com. 23 octobre 1990 : Bull. joly 1991, p. 657, § 243 ; JCP E 1991, II, 127, note P. SERLOOTEN ; D. 1991, p. 173, note Y. REINHARD ; JCP N 1991, II, 97, note M. MARTEAU-PETIT ; RTD civ., 1991, p. 361, obs. F. ZÉNATI.
- CJCE 13 novembre 1990, l'arrêt Marleasing SA : JCP G 1991, II, n° 21658, note P. LEVEL.
- Paris 30 janvier 1991 : Defrénois 1991, art. 35018, p. 492, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP N 1992, II, p. 204, obs. G. WIEDERKEHR.
- Cass. soc., 3 avril 1991 : RJS 1991, n° 561, p. 299.
- Cass. soc., 15 mai 1991 : Bull. civ. n° 236.
- Paris 3 juillet 1991 : Rev. sociétés 1991, 825, note Y. GUYON.
- Cass. crim., 30 septembre 1991 : Bull. joly 1992, § 40, note D. BARADERIE ; Rév. sociétés 1992, p. 356, note B. BOULOC.
- Cass. com., 27 novembre 1991 : Bull. civ. IV, n° 360 ; D. 1992, p. 81, note F. DERRIDA ; RTD. com., 1992, p. 684, obs. A. MARTIN-SERF ; JCP E 1992, I, 136, n° 3, obs. P. PÉTEL.
- Cass. crim., 9 décembre 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 358, note B. BOULOC ; JCP E 1992, I, 166.
- Cass. com., 7 janvier 1992 : JCP G 1992, I, 3591, p. 269, note Ch. JAMIN.
- CA Rennes 2e ch. 8 janvier 1992 : Dr. sociétés 1992, n° 226, note Y. CHAPUT.
- Cass. com., 28 janvier 1992, arrêt Demuth : JCP G 1993, II, n° 21994, note A. TISSERAND ; JCP E 1992, II, n° 378, p. 289, note A. TISSERAND ; D. 1993, jur., p. 23, note J. PAGÈS ; Dr. sociétés 1992, n° 75, obs. Th. BONNEAU ; Bull. joly 1992, § 133, p. 419, note P. LE CANNU.
- Cass. soc., 12 février 1992 : RJS 1992, n° 254, p. 158.
- Cass. soc., 19 février 1992 : RJS 4/1992, n° 411.
- Cass. soc., 26 février 1992 : RJS 4/1992, n° 422.
- Cass. Com., 3 mars 1992 : D. 1992. somm., p. 260, obs. F. DERIDDA ; Defrénois 1992, 1371, obs. P. LE CANNU ; JCP E 1992, I, n° 2, p. 192, obs. P. PÉTEL.
- Cass., com. 3 mars 1992 : Rev. proc. coll., 1993, p. 60, n° 3, obs. B. DUREUIL ; Rev. proc. coll., 1994, p. 153, n° 11, obs. A. LIÉNARD ; D. 1992, jur., p. 345 ; D. 1992, somm., p. 345, note G. BOLARD ; Defrénois, janvier 1992, p. 1380, art. 35382, n° 8, obs. J.-P. SÉNÉCHAL ; RJDA 5/1992, p. 409, n° 514 ; JCP G 1992, IV, 1355 ; JCP E 1992, pan., p. 608 ; JCP N 1992, II, p. 405.
- CJCE, 10 mars 1992 : JCP E 1994, I, n° 369, p. 319 obs. Y. REINHARD ; Bull. joly 1992, § 247, p. 767, obs. J.-B. BLAISE.
- CA Poitiers 25 mars 1992 : Dr. sociétés, avril 1993, p. 1, note J.-M. DE BERMOND DE VAULX.
- Cass. soc., 1er avril 1992, Bull. civ. V, n° 223, p. 138 ; RJC 1992, n° 597.

- Cass. civ. 3e, 23 avril 1992 : Rev. sociétés 1992, p. 763, note B. SAINTOURENS.
- Cass. soc. 14 mai 1992 : JCP G 1992, II, 21889, note J. AMIEL-DONAT ; JCP E 1992, II, obs. J. AMIEL-DONAT ; D. 1992, p. 350 et 351, note Y. SERRA ; RJS 06/92, n° 735.
- Cass. 1er civ., 2 juin 1992 : JCP G 1992, I, n° 3632, obs. M. BILLIAU; RTD civ., 1993, p. 122, obs. J. MESTRE ; D. 1993, somm. p. 211, obs. Ph. DELEBECQUE.
- Cass. com., 16 juin 1992 : Bull. joly 1992, § 213, p. 960 ; D. 1993, p. 508, note L. COLLET.
- Cass. crim. 9 novembre 1992, Rév. sociétés 1993, p. 433, note B. BOULOC ; Bull. joly 1993, § 83.
- Cass. com., 7 décembre 1992 : Bull. civ. IV, n° 3 ; JCP 1992, I, n° 3591, obs. Ch. JAMIN ; D. 1992, somm., p. 278, obs. L. AYNÈS ; C.C.C. 1992, n° 110, obs. L. LEVENEUR.
- CA Versailles, 11 février 1993 : Dr. sociétés 1993, n° 136, obs. Th. BONNEAU; RTD com., 1993, p. 665, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.
- Cass. com., 2 mars 1993 : D. 1993, jur., p. 572, note DEVÉSA ; Rev. huissier 1993. 1434, note, D. VIDAL.
- CA DIJON, 1re ch., 23 mars 1993 : Bull. joly 1993, § 269, p. 917, note J. VALLANSAN ; Defrénois 1993, art. 35631, n° 3, obs. P. LE CANNU.
- Cass. com. 30 mars 1993 : JCP G 1993, I, 3704, n° 5, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL ; D. 1993, p. 384, note, P. LE CANNU. (Aff. TITAN VS).
- Cass. com., 8 juin 1993 : Bull. joly 1993, § 265, p. 911, note M. JEANTIN; JCP E 1993, n° 525, p. 1, note M. LECÈNE-MARÉNAUD.
- Cass. crim., 14 juin 1993 : Bull. crim., n° 208; JCP E 1993, pan. 1231; Rev. sociétés, 1994, p. 90, note B. BOULOC; Bull. joly 1993, § 337, p. 1139, note B. SAINTOURENS.
- Cass. soc., 22 juin 1993 : RJS 89/1993, n° 845.
- Cass. com., 22 juin 1993 : Bull. civ. IV, n° 264; D. 1993, somm., p. 366, obs. A. HONORAT.
- CA Lyon 24 juin 1993 : juris-data n° 047484.
- Cass. civ. 1re, 23 juin 1993 : JCP N 1994, II, p. 225.
- CA Paris 3e ch. 13 juillet 1993 : Bull. joly 1993, § 375, p. 1250, note H. LE NABASQUE; D. 1993, somm., p. 368, obs. A. HONORAT; même obs. Rev. sociétés 1993, p. 874.
- CA Bourdeaux 13 juillet 1993, juris data n° 049076.
- Cass. com., 12 octobre 1993 : JCP G 1994, I, 3746, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN; JCP N 1994, II, p. 270, note Th. BONNEAU ; Bull. joly 1993, § 381, note M. JEANTIN ; RTD civ., 1994, p. 595.
- Cass. com., 9 novembre 1993 : JCP G 1994, IV, 79, obs. P. P ; JCP G 1994, I, n° 3759, p. 204, n° 4; JCP E 1994, Pan., p. 47 - Rev. proc. coll., 1994, p. 236, obs. B. SOINNE.
- Cass. com., 16 novembre 1993 : RTD civ., 1994, p. 607, obs. J. MESTRE; JCP G 1992, I, 3632, p. 541, obs. M. BILLIAU ; RTD civ., 1993, p. 122, obs. J. MESTRE ; D. 1993, somm., p. 211, obs. Ph. DELEBECQUE; D. 1994, p. 57, concl. R. DE GOUTTES.
- Cass. com., 23 novembre 1993 : Bull. civ., IV, n° 420 ; JCP G 1994, I, n° 3765, p. 258, n° 21, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE; JCP E 1994, I, n° 3759, p. 204, Obs. M. CABRILLAC ; RTD civ., 1994, p. 910, obs. M. BANDRAC.
- Cass. com. 14 décembre 1993 : Bull. civ. IV, n° 477.
- Cass. soc., 26 janvier 1994, 2 arrêts : Dr. social 1994, p. 273 et 381.
- Cass. com., 8 février 1994 : Rev. sociétés 1995, p. 100, note A. HONORAT et A. M. ROMANI.
- CAA Nancy, 2e ch. 10 février 1994 : Rec. CE., n° 92-547 ; Dr. fiscal 1994, n° 40, comm., 1684, p 1451 concl. J. FELMY.
- Cass. com., 5 avril 1994 : Rev. sociétés 1994, p. 318, note Y. GUYON.
- Cass. soc., 10 mai 1994 : RJS 6/1994, n° 674.
- Cass. com., 17 mai 1994 : Bull. civ. IV, n° 180.
- Cass. crim., 26 mai 1994, Bull. joly 1994, § 361.
- Cass. soc., 20 octobre 1994 : JCP E 1995, II, 726, 2e espèce, note J.-J. SERRET;
- CA Paris, 3 novembre 1994 : Defrénois 1995, p. 1048, obs. D. MAZEAUD; RTD civ., 1995, p. 369, obs. J. MESTRE.
- Cass. civ., 1er 15 novembre 1994 : JCP G 1995, II, 22510, note G. MÉMETEAU.
- Cass. crim. 12 décembre 1994, Bull. joly 1995, § 150, p. 247.
- Cass. com., 3 janvier 1995 : Petites affiches 5 juillet 1995, n° 80, p. 37, note J.-M. CALENDINI ; JCP E 1995, Pan. 227.
- CA Paris, 3e ch., 27 janvier 1995 : RJ com., 1996, p. 109, n° 1449, 1re espèce obs. T. BRUIGUIER.

- CA Riom 8 février 1995 : juris-data n° 041832.
- Cass. soc., 5 avril 1995 : Bull. civ. V, n° 123 ; RJS 5/1995, n° 597 ; D. 1995, jur., p. 503, note M. KELLER.
- CA Paris, 10 mai 1995 : JCP E 1995, I, 505, n° 1, obs. A. VIANDIER, et J.-J. CAUSSAIN.
- Cass. soc., 23 mai 1995 : RJS 8-9/1995, n° 871.
- Cass. com., 20 juin 1995 : JCP G 1995, IV, n° 2031 ; JCP G 1996, I, 3896, p. 15, n° 6, obs. P. PÉTEL ; Dr. sociétés 1995, n° 163, p. 10, note Y. CHAPUT ; RTD com., 1996, p. 339, obs. A. MARTIN-SERF.
- Cass. crim., 27 juin 1995 : Bull. joly 1995, § 375, note P. LE CANNU.
- CA Paris 30 juin 1995 : juris-data n° 023105.
- Cass. com., 14 juillet 1995 : JCP E 1996, II, p. 784, L. LEVENEUR.
- CA Toulouse, 2e Ch., 18 octobre 1995 : Bull. joly 1996, p. 384, § 131.
- CA Paris, 3 novembre 1995 : Rev. sociétés 1996, 121, obs. Y. GUYON.
- Cass. com., 21 novembre 1995 : JCP E 1996, n° 852, p. 197, note J.-J. DAIGRE.
- Cass. com., 27 février 1996 : JCP G 1996, II, 22665, note G. GHESTIN.
- CAA Lyon, 4e ch. 29 mai 1996 : Rec., n° 94-1881 ; Dr. Fisc. 1996, n° 38, comm. 1103, p. 1142 ;
- Cass. com., 9 avril 1996 : Rev. sociétés 1997, p. 81, note F. BÉNAC-SCHMIDT.
- TGI de Paris, 7 mai 1996 : RIDA, oct., 1996, p. 304.
- Cass. soc., 10 juillet 1996 : Bull. civ., V, n° 278.
- Paris, 11 juillet 1986 : D. 1997, p. 55, note D. FABIANI.
- CA Lyon, 3e ch., 13 septembre 1996 : Bull. joly 1996, § 372, note M.-L. COQUELET.
- Cass. civ. 1er octobre 1996 : Dr. sociétés 1996, comm., p. 225, note Th. BONNEAU.
- Cass. com., 1e octobre 1996 : RJDA 1997, n° 12.
- Cass. civ., 3e, 9 octobre 1996 : RJDA, n° 1-1997, n° 54 ; RJ com., 1998, p. 16, note D. VELARDOCCHIO.
- CA Douai, 14 novembre 1996 : D. 1997, 312, note F. PROAL ; Petites affiches 28 mars 1997, note F. PROAL ; D. 1997, somm., p. 228, obs. J.-C. HALLOUIN ; JCP G 1997, II, p. 925, 22785, note J.-J. DAIGRE ; JCP E 1997, 639, n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Rev. Proc. coll., 1998, p. 399, obs. B. SOINNE.
- Cass. soc., 26 novembre 1996 : RJS 1997, n° 266.
- Cass. com. 21 janvier 1997 : RD bancaire et bourse 1997, n° 1, p. 69, obs. M. GERMAIN, M.-A. FRISON-ROCHE.
- CA Paris, 22 janvier 1997 : Bull. joly 1997, § 228, p. 579, note J.-J. DAIGRE ; JCP G 1997, II, n° 22971, p. 563, note R. MARTIN ; B. SOINNE, Petites affiches 19 mars 1997, n° 34, p. 13 ; B. SOINNE, Gaz. Pal. 1997, 1, Doctrine, p. 713.
- CA Rouen, 13 mars 1997 : Bull. joly 1997, p. 1043, note J.-F. BARBIERI.
- Cass. com. 1er avril 1997 : D. Affaires 1997, p. 614.
- Cass. soc., 3 avril 1997 : RJS 1997, n° 1038 ; JCP E 1997, II, n° 508, p. 179, note F. TAQUET ; JCP E 1998, p. 558, obs. G. VACHET ; Bull. joly 1997, § 321, p. 890, note J.-J. DAIGRE.
- Cass. com., 6 mai 1997 : Defrénois, art. 36633, 1997, p. 977, note D. MAZEAUD.
- Cass. com. 6 mai 1997 : D. 1997, p. 588, note M. BILLIAU et Ch. JAMIN.
- Cass. soc., 27 mai 1997 : JCP G 1997, II, 22899, note A. ARSEGUEL ; D. 1997, p. 417, note J.-M. VERDIER.
- CA Paris, 16e ch., 24 juin 1997 : Bull. joly 1997, § 384, p. 1069, note M.-L. COQUELET.
- Cass. com., 24 juin 1997 : RJDA, 11/1997, n° 33.
- CA Grenoble 8 juillet 1997 : JCP G 1998, I, 135, n° 3, obs. G. WIEDERKHER.
- TGI de Paris, 3 septembre 1997 : RIDA janvier 1998, p. 255.
- CJCE, 11 septembre 1997, Suzen : Dr. ouvrier 1997, p. 353.
- Cass. civ., 3e, 8 octobre 1997 : D. 1998, somm., p. 398, obs. J.-C. HALLOUIN ; JCP G 1998, I, 131, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER ; Rev. sociétés 1998, p. 112, note J.-F. BARBIERE ; Bull. joly 1997, § 386, note C. PRIETO ; Dr. sociétés 1998, comm., p. 21, note Th. BONNEAU.
- Paris, 2e ch. 18 novembre 1997 : Defrénois 1998, p. 1222.
- Cass. com., 22 octobre 1997 : RJDA 1/97, n° 12, p. 14.
- Cass. civ., 3e, 10 décembre 1997 : Defrénois 1998, art. 36753, p. 336, n° 20, obs. D. MAZEAUD ; D. 1999, somm., p. 9, obs. P. BRUN.

- Cass. soc., 18 décembre 1997 : D. 1998, somm., p. 213, obs. Y. SERRA Cass. com., 11 mars 1997 : Petites affiches, 6 mars 1998, note F. DERRIDA ; Defrénois 1998, art. 36753, p. 345, obs. D. MAZEAUD.
- Trib. com., 6 janvier 1998 : Dr. sociétés 2000, comm., n° 10, obs. Y. CHAPUT.
- Cass. com., 6 janvier 1998 : Quot. jur. 17 février 1998, note P. M ; D. Affaires 1998, p. 254, obs. A. L ; JCP E 1998, p. 654, obs. M. CABRILLAC ; Dr. et patrimoine, mai 1998, p. 114, obs. M.-H. MONSÈRIÉ ; RTD civ., 1998, 369, obs. J. MESTRE.
- CA Versailles, 15 janvier 1998: D. Affaires 1998, p. 915.
- Cass. com., 3 février 1998 : D. Affaires 1998, chron., n° 107, p. 383, obs. V. A.-R ; Petites affiches, 28 juillet 1999, n° 149, p. 26, G. TEILLIAIS .
- Cass. com. 10 février 1998 : Bull. joly 1998, p. 767, § 249, note J.-J. DAIGRE.
- CA Versailles, 12 février 1998 : RJDA 6/1998, n° 723.
- Cass. soc., 14 mai 1998 : D. 1998, IR., p. 145 ; Cass. soc., 1^{re} février 1995 : D. 1995, IR., p. 62.
- Cass. civ., 2^e, 19 mai 1998 (affaire Tapie): D. 1998, p. 405, concl. P. TATU; D. Affaires 1998, p. 1089, obs. A.-R; Bull. joly 1998, § 361, note J.-J. DAIGRE.
- Cass. com., 19 mai 1998 : Bull. civ. 1998, n° 159, p. 128 ; D. 1998, somm., p. 377, note S. PIEDELIÈVRE,
- Cass. com., 3 juin 1998: RJF 8-9/98 n° 1038. p. 718, obs. P. ROUDAUT ; Dr. fiscal 1998, n° 1122, p. 1568.
- Cass. soc., 16 juin, 1998 : Dr. social 1998, p. 803, rapport Ph. WAQUET.
- TGI Annecy, 7 juillet 1998 : Bull. joly 1999, § 233, p. 933, obs. F.-X. LUCAS ; RJDA 1999, n° 559.
- Cass. civ., 3^e, 8 juillet 1998 : JCP G 1999, I, 118, n° 1, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN.
- Cons. État., 8^e et 9^e sous. sect., 8 juillet 1998 : Defrénois 1999, art. 36967, p. 474, note, A. CHAPPERT ; RJF 8-9-1998, n° 914 et n° 194, p. 655, M. MEISSONNIER ; Dr. fiscal, 1998, n° 42, comm., 896, Concl., G. BLANCHIER.
- Cass. civ., 1^{re}, 7 octobre 1998 : D. 1998, p. 563, concl. J. SAINTE-ROSE.
- Cass. com., 13 octobre 1998 : Bull. joly 1999, §10, p. 58 note P. SERLOOTEN.
- Cons. État., 9^e et 8^e sous-section., 13 novembre 1998 : Rec. CE., n° 143 728, n° 157 690, n° 144 602, n° 181 521, et n° 147 233, Dr. Fiscal, 1999, n° 43, comm., 780, p. 1332, conclusion F. LOLOUM.
- Cass. soc., 15 décembre 1998 : RJS 1999, n° 177.
- Paris 15 janvier 1999 : Bull. joly 1999, § 137, p. 627, note B. SAINTOURENS.
- CA Paris 9 février 1999 : Bull. joly 1999, § 118, p. 548, note J.-Ph. DOM ; RTD com. 1999, p. 440, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; RTD com., 1999, p. 789, obs. Fl. DEBOISSY; Rev. société 1999, p. 412, note Y. GUYON. – M. COZIAN : Petites affiches, 31 mai 2002, n° 109, p. 4.
- CJCE 9 mars 1999, aff. C-212/97, concl. A. LA PERGOLA : Bull. joly 1999, § 157, p. 705, note J.-Ph. DOM ; JCP E 1999, p. 1285, obs. Y. REINHARD ; D. 1999, cah. dr. aff. jur., p. 550, note M. MENJUCQ.
- CA Aix-en-Provence, 25 mars 1999 : Dr. sociétés 1999, comm., n° 164, note Y. CHAPUT.
- Cass. soc., 4 mai 1999 : JCP G 1999, II, n° 10126, note C. LEFRANC-HAMONIAUX ; Dr. social 1999, p. 737, obs. J.-E. RAY.
- Cass. crim. 11 mai 1999 : Bull. joly 1999, § 234, note J.-F. BARBIERI.
- CA Paris 23 mars 1999 : JCP E 1999, p. 1657.
- Cass. com. 26 mai 1999 : Rev. pro. coll., juin 2001, p. 93, n° 47.
- Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1999 : JCP E 1999, pan., p. 1132.
- Cass. com., 22 juin 1999 : Defrénois 1999, art. 37061, p. 1195, note H. HOVASSE ; Bull. joly 1999, § 229, p. 978, note A. COURET ; Rev. sociétés, 1999, p. 825, note A. CONSTANTIN ; JCP E 2000, p. 418, note M. MENJUCQ ; Rev. proc. coll., mai 2002, n° 2, p. 52, obs. J.-M. DELENEUVILLE.
- Cass. com. 5 octobre 1999 : Bull. joly 1999, § 258, note A. COURET ; Dr. sociétés 1999, n° 183, obs. H. HOVASSE, RD. Bancaire 1999, 249, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; RJ com., 2000, 127, note T. GRANIER ; D. 2000, note G. MORRIS-BECQUET ; JCP E 2000, 613, note R. BESNARD-GOUDET.
- TGI Metz, 6 octobre 1999, Me NODÉE c/Mme Ruppel, inédit.
- Cass. soc., 12 octobre 1999 : RJS 4/2000, n° 378.
- Cass. com., 23 novembre 1999 : RJDA 2000, p. 361.
- Cass. com., 30 novembre 1999 : JCP E 2000, n° 9, p. 369, obs. H. CROZE et S. CAYRE.

- CA Douai, 2e ch., 20 janvier 2000 : Bull. joly 2000, p. 519, note J.-J. Daigre ; RTD com. 2001, p. 130 ; D. 2000, jurispr. p. 139, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2000, p. 382, obs. Y. GUYON.
- Cass. com. 25 janvier 2000 : RJDA 6/00, n° 644, p. 513.
- Cass. com., 4 février 2000 : Rev. proc. coll., mars 2002, n° 1, p. 51, obs. J.-M. DELENEUVILLE.
- Cass. crim. 7 mars 2000 : Bull. joly. 2000, § 169, p. 720, note P. SCHOLER.
- Cons. État, 9e et 10e sous-section 28 juillet 2000 : Rec. CE., n° 186415, Dr. fiscal 2001, n° 12, comm., 253. p. 515.
- Cass. civ., 3e, 8 novembre 2000: D. 2000, act. Jur. 444, note A. LIENHARD; Dr. société 2001, comm., p. 21, note Th. BONNEAU ; RTD com., 2001, p. 162, obs. M.-H. MONSERIE-BON.
- Cass. Ass. plén., 8 décembre 2000 : Dr. social 2001, p. 126, concl. Ph. DE CAIGNY; Dr. social 2001, p. 133, note A. CRISTAU ; JCP G 2001, II, n° 10498, p. 617, note F. DUQUESNE ; D. 2001, p. 1125, note, J. PELISSIER ; Dr. Ouvrier 2001, p. 357, note M. HENRY et F. SARAMITO.
- Cass. crim. 13 décembre 2000 : Bull. joly 2001, § 126, p. 499, note J.-F. BARBIÈRI.
- Versailles, 11 janvier 2001 : Bull. joly 2001, § 111, note F.X. LUCAS.
- Cass. soc. 16 janvier 2001 : Bull. civ., V, n° 10 ; RJS 3/2001, n° 294.
- Cass. com., 23 janvier 2001: D. 2001. act. Jur. 781, note A. LIENHARD ; Bull. joly 2001, § 118, note A. COURET ; RD ban. et fin. 2001, comm., p. 69, obs. F.-X. LUCAS.
- Cass. soc., 27 février 2001 : JCP E 2001, p. 1391, note C. PUIGELIER ; Dr. et patrimoine, octobre 2001, n° 97, p. 108 et 109, obs. P.-H. ANTONMATTEI.
- Arrêt Prince Cons. État., 9e et 10e sous sect. 6 avril 2001 : RTD com., 2001, p. 1010, n° 4, obs. F. DEBOISSY ; J. MAÏA, RJF 7/2001, chron., p. 703, n° 939 :
- Cass. soc., 2 mai 2001 : Defrénois 2001, n° 71, p. 1064, obs., R. LIBCHABER.
- Cons. État., 10e et 9e sous sect. 9 mai 2001 : Rec. CE., n° 214036 ; Dr. fiscal 2001, n° 42, comm., 942, p. 1487.
- Cons. Const., décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002 : JO. 18 janvier 2002, p. 1053.
- Cass. civ., 4 juillet 2001 : D. 2002, jur., p. 433, obs. R. LIBCHABER.
- CA Paris 3e ch., 21 septembre 2001 : Bull. joly 2002, § 139, p. 626, note M. MENJUCO ; Dr. sociétés 2002, n° 78, p. 9.
- Cass. civ., 1re, 20 novembre 2001 : JCP G 2002, 225, note A. VIANDIER.
- Cass. soc. 22 novembre 2001 : RJS 2002, n° 358 ; JCP E 2002, 1841, n° obs. G. VACHET.
- CA Paris, 21 décembre 2001 : Bull. joly 2002, § 109, p. 499, note Th. MASSART.
- Cass. soc., 23 janvier 2002: JCP E 2002, 954, note P. ADAM ; D. 2002, p. 2088, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL.
- Cass. soc., 29 janvier 2002, (2e espèce, Sté SAS Telf c/Rouyre et autre) : RJS 2002, n° 392.
- Cass. com., 19 février 2002 : RTD com., p. 376, obs. A. MARTIN-SERF et J.-L. VALLENS ; D. 2002, jur., n° 11, p. 958, obs. A. LIENHARD ; Dr. et Patrimoine, mai 2002, n° 104, p. 85, obs. D. HOUTCIEFF.
- Cass. crim., 20 février 2002 : Rev. sociétés, 2002 p. 546, obs. B. BOULOC.
- Cass. com., 12 mars 2002 : Dr. sociétés, août-septembre 2002, n° 148, p. 10, note, F.-X. LUCAS.
- Cass. soc., 10 juillet 2002 (3 arrêts) et 18 septembre 2002 : Defrénois 2002, p. 1619, obs. R. LIBCHABER.
- Cass. com., 19 novembre 2002 : Dr. sociétés 2003, n° 61, obs. F.-G. TRÉBULLE.
- Cass. crim., 11 décembre 2002 : Bull. joly 2003, § 90, p. 451, note P. SCHOLER.
- Cass. com. 7 janvier 2003 : Bull. civ. 2003, IV, n° 3, p. 4.
- Cass. soc., 22 janvier 2003 : Dr. ouvrier 2003, p. 523, note F. SARAMITO et P. MOUSSY.
- CA Paris 6 février 2003 : RJF 8/9-2003, n° 994 ; RTD com., 2003, p. 836, obs. F. DEBOISSY.
- Cass. com., 8 juillet 2003 : Dr. sociétés 2004, n° 5, comm. 79, note, J.-P. LEGROS.
- Cass. civ., 3e, 9 juillet 2003 : D. 2003, actualité, p. 2312, obs. Y. ROUQUET ; JCP G 2003, I, 186, n° 20, obs. A.-S. BARTHEZ.
- Cass. soc., 21 janvier 2004 : Dr. ouvrier 2004, p. 222, note B. LARDY-PÉLISSIER.
- Cass. crim., 28 janvier 2004 : RJDA 2004, n° 721.
- Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-10-044 : juris-data n° 2004-024781.
- Cass. com., 8 juillet 2003 : Dr. sociétés 2004, n° 5, comm. 79, note J.-P. LEGROS.
- Cass. com., 30 novembre 2004 : Bull. joly 2005, n° 42, p. 241.
- Cass. soc., 23 février 2005 (2 espèces) : D. 2005, p. 1678, note H.-k. GABA ; Dr. social 2006, p. 576, obs. J. Mouly.

- Cass. crim., 23 février 2005 : Bull. joly 2005, § 190, p. 845, note P. SCHOLER; RJDA 2005, n° 992.
- Cass. com. 8 mars 2005 : Rev. sociétés 2005, p. 817, obs. A. VIANDIER; Bull. joly 2005, § 233, p. 979, note Th. MASSART.
- Cass. civ. 1ère ch. 19 avril 2005 : Rev. sociétés 2006, p. 90, note D. RANDOUX.
- Cass. com., 31 mai 2005 : Bull. joly 2005, p. 1417, note H. LÉCUYER ; D. 2005, p. 1700, obs. A. LIENHARD; JCP N 2005, p. 1725, note S. CASTAGNÉ; RTD com., 2005, p. 529, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.
- Cass. com., 12 juillet 2005 (deux arrêts) : Bull. civ. IV, n° 168, p. 182; D. 2005, p. 2002, obs. A. LIENHARD, Dr. sociétés 2005, comm., 180, obs. J. MONNET ; JCP E 2005, 1586, note J.-P. LEGROS.
- Cass. 3e ch. civ. 4 janvier 2006 : Bull. joly 2006, § 106, p. 526, note S. MESSAÏ-BAHRI.
- Cass. soc., 11 janvier 2006, (deux arrêts), Pages jaunes : Bull. civ. n° 26, 27 et 28.
- Cass. civ., 1re, 17 janvier 2006 : JCP E 2006, n° 8, 1176, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, p. 716, obs. V. AVENA-ROBARDET; RTD com., 2006, p. 419, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET; RTD com., p. 432, obs. M.-H. MONSÈRIÉ-BON.
- Cons. État, 23 janvier 2006 : Rev. sociétés 2006, p. 798, note N. MATHEY.
- Cass. com. 28 février 2006 : Rev. sociétés 2006, n° 4, p. 800, note N. MATHEY.
- Cass. soc., 13 mai 2006 : Semaine social Lamy 2006, n° 1265, p. 10, obs. F. C.
- Cass. com., 7 juin 2006 : Petites affiches 2006, n° 179, p. 12, note N. MORELLI.
- Cass. com., 20 juin 2006 : Bull. joly. 2006, § 291, p. 1419, note J.-F. BARBIÈRI ; D. 2006, n° 26, p. 1820, note L. LIENHARD.
- Cass. 1re civ., 12 décembre 2006: Bull. joly 2007, n° 3, p. 363, note, Th. REVET.
- Cour d'appel de Metz, 31 janvier 2007 : JCP E 2008, n° 1036, p. 16, obs. Ph. Simler et Ph. DELEBECQUE.
- Cass. crim., 20 mars 2007 : Rev. sociétés 2007, p. 590, note B. BOULOC.
- CA Paris, 6 juillet 2006 : RTD com., 2007, p. 392, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET.
- CA Paris, 20 novembre 2007 : Petites affiches 28 mars 2008, n° 64, p. 16.
- Toulouse 22 janvier 2008 : Bull. joly 2008, n° 103, p. 103, p. 479, note P.-L. PÉRIN.
- Cass. civ., 3e, 7 mai 2008 : D. 2008. 2969, obs. AMRANI-MEKKI ; RTD civ. 2008, p. 474, obs. B. FAGES ; D. 2008, chron., p. 440, note M.-L. MATHIEU-IZORCHE.
- CA d'Orléans, 15 mai 2008 : act. proc. coll., comm., p. 239, obs. P. CAGNOLI ; JCP E 2009, n° 1008, p. 28, note M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL.
- Cass. 2e civ., 15 mai 2008 : D. 2008, p. 1488.
- Cass. com., 25 novembre 2008: Bull. joly 2009, § 97, p. 491, note P. GOURDON.
- Cass. soc., 14 octobre 2008 : Petites affiches, 03 avril 2009 n° 67, p. 5.
- Cass. com., 10 février 2009 : Bull. joly 2009, n° 7, p. 699, note S. TORCK.
- Cass. com., 5 mai 2009 : Rev. sociétés 2009, n° 3, p. 575, note J.-F. BARBIÈRI.
- Cass. civ., 3e, 20 mai 2009 : RTD civ., 2009, p. 524, obs. B. FAGES.
- Cass. com 3 juin 2009 : D. 2009, actualité jurisprudentielle, p. 1601, obs. V. Avena-Robardet ; <http://www.village-justice.com/articles/sanction-prevue-article-monetaire,6681.html>, note O. CUPERLIER.
- Cass. com., 9 juin 2009 : Rev. sociétés 2009, p. 781, note N. MATHEY.
- Cass. soc., 8 juillet 2009 : RJS 10/2009, n° 773.
- Cass. civ., 2e, 10 septembre 2009 : JCP E 2010, 1145, n° 1, obs. F. DEBOISSY et G. WICKERA.
- Cass. soc., 3 février 2010 : Dr. ouvrier, 2010, n° 744 , p. 359 ; D. 2010, p. 446, note B. INES ; RDT 2010, p. 226, note, J.-Y. FROUIN.
- Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. joly, 2010, § 107, p. 530, note M.-H. MONSÈRIÉ-BON ; Petites affiches 17 juin 2010, n° 120, p. 16, note O. ROUMÉLIAN; Rev. sociétés octobre 2010, p. 452, note, B. SAINTOURENS.
- Cass. com., 7 avril 2010 : Rev. sociétés 2010, p. 221.
- Cass. soc., 6 avril 2011 : JCP S 2011, n° 27, 1327, note C. PUIGELIER.

V. RAPPORTS

- ARTHUIS (J.), Rapport au nom de la commission des lois du Sénat : J.O. Doc. Sénat, 1985, n° 287 et J.O. déb. Sénat 23 mai 1985, p. 663.

- BARTHELEMY (J.), Rapport au Conseil économique et social, « *L'entreprise individuelle* » : JO, séance des 27 et 28 avril 1993
- CHAMPAUD (Cl.), Rapport du groupe d'étude, chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL (*Entreprise personnelle à responsabilité limitée*) en droit français : RTD com., 1979, p. 579.
- DE LA RAUDIÈRE (L.), Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JO, Ass. Nat. séance du 10 février 2010, n° 2298.
- DE ROUX (X.), Rapport sur « *La création d'un patrimoine d'affectation* » : Minefe, conf. De presse, 5 novembre 2008, p. 12.
- la Cour de cassation, Rapport annuel de 1990 : La documentation française, p. 291.
- MARINI (Ph.), Rapport au Premier ministre, « *La modernisation du droit des sociétés* », Paris, la documentation française, Coll. des rapports officiels, 1996, p. 16 et s et p. 105.
- PAILLUSSEAU (J.), Rapport conjoint du groupe du travail du CNPF et de l'AFEP, publié en 1995, « *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?* » : D. 1999, p. 157.
- SUDREAU (P.), « *Rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise* » : La documentation française, coll. 10/18, 1975.

VI. SITES INTERNET

- AGEA : Vidéo conférence sur l'EIRL : http://webcast.viewontv.com/upload/docs/agea/140910/questions_supplementaires.pdf
- BONNARD (J.), « *Publication au Journal Officiel de l'Ordonnance du 9 décembre 2010 adaptant le droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL* » : <http://nos-facs-de-droit.over-blog.com/article-publication-au-journal-officiel-de-l-ordonnance-du-9-decembre-2010-adaptant-le-droit-des-entreprises-en-difficulte-et-des-procedures-de-traitement-des-situations-de-surendettement-a-l-eirl-62740517.html>
- CUPERLIER (O.), « *La sanction prévue par l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier ne bénéficie pas à la caution* », à propos de Cass. Com 3 juin 2009, p. 08-13613: <http://www.village-justice.com/articles/sanction-prevue-article-monetaire,6681.html>;
- DICA DE NET, dictionnaire : <http://www.dicodunet.com/definitions/economie/fcp.htm>: V° Fonds commun de placement.
- Encycopaedia Universalis: <http://www.universalis.fr/encyclopedie/fortune-de-mer/>
- Fimarkets. com : <http://www.fimarkets.com/pages/opcvn.htm> : page soutenue par [Asset Technology](#), conseil, maîtrise d'ouvrage et ingénierie logicielle au coeur des marchés financiers.
- La riposte, « *La logique formelle et la dialectique* » : www.lariposte.com/La-logique-formelle-et-la-dialectique-594.html, Vendredi 2 juillet 2010.
- M. THIÉRO FATIMATA, « *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'OHADA : une œuvre à parfaire* » : <http://www.ohada.org/rechercher-sur-le-site/search/content/default/3398,la-societe-unipersonnelle-dans-le-droit-des-affaires-de-lohada-une-uvre-a-parfaire.html?sub=content>
- MARÉCHAL (E.), « *Le fonds commun de placement* », article en date du 03 mars 2006, www.webzinemaker.com/admi/m6/page.php3?num_web=41572&rubr=3&id=292885
- NOVELLI (H.), intervention à propos de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée: Ass. nat., séance du 17 février 2010 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cri/2009-2010/20100135.asp#ANCR20100000055-00428>
- TROTSKY (L.), « *L'ABC de la dialectique* » : <http://www.lariposte.com/L-ABC-de-la-dialectique-par-Leon-Trotsky-607.html>

VII. AUTRES

- « *La Suir, un nouveau véhicule pour les business angels* » : Option finance, 2003, n° 755, p. 38.
- « *Limitation de l'application du régime de faveur des SUIR aux sociétés créées avant le 1^{er} juillet 2008* » : Dr. fiscal n° 36, 4 Septembre 2008, comm., n° 451, p. 54.
- « *Société unipersonnelle d'investissement à risque* » : Dr. fiscal, n° 1, 12 janvier 2006, comm. 26.
- « *Société unipersonnelle d'investissement à risque* » : Dr. fiscal, n° 29, 20 juillet 2006, instr. 13568.

- « *Société unipersonnelle d'investissement à risque. Loi de finances pour 2004, art. 91* », JCP E 2004, n° 201, p. 221.
- « *Société unipersonnelle d'investissement à risque. Loi de finances pour 2004, art. 91* » : JCP E 2004, n° 201, p. 221 ; JCP N 2004, n° 1071, p. 204.
- « *Société Unipersonnelle d'Investissement à Risque (SUIR): création d'un statut juridique et fiscal spécifique* » : JCP N 2004, n° 1071, p. 204.
- INFOREG, « *Comparatif du régime fiscal et social de la SAS et de la SARL* » : Cah. dr. entrep., n° 4, juillet 2010, prat. 16.
- *Journée d'étude de l'institut de droit de l'entreprise de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers (18 février 1986) à propos de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* : JCP E 1986, II, n° 14756, p. 489.
- La lettre de la Chancellerie du 10 avril 2003 à la Compagnie des commissaires aux comptes : Bull. joly 2003, p. 971.
- La lettre Omnidroit, « *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : solution de compromis* » : www.Omnidroit.fr., 2010, n° 97, p. 5.
- La lettre Omnidroit, « *Entreprise individuelle à responsabilité limitée : adoption du projet de loi par les sénateurs* » : www.Omnidroit.fr., 2010, n° 94, p. 5.
- La lettre Omnidroit, « *Opposabilité à la procédure de la déclaration d'insaisissabilité* », 18 février 2009, n° 38, p. 6.
- Rédaction D.O., « *Renforcement de la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel* » : JCP N 2008, n° 1313, p. 45 ; Ibid., JCP E 2008, n° 2129, p. 17.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus de la personnalité morale : 192 et s, 210, 212, 236.

- Confusion des patrimoines : 107, 188, 192 et s.
- Fictivité : 107, **181** et s.
- Fraude : 74, 181, 498.

Abus de majorité : 215.

Abus de minorité : 216.

Abus des biens sociaux : 217 et s, 278, 342, 518, 523, 526.

Acceptation à concurrence de l'actif net (acceptation bénéficiaire) : 351, 398 et s.

Acte juridique

- Collectif : 164, 169, 243, **322** et s,
- Complexe : 152, 297, 321.
- Conjonctif : 320.
- D'organisation : 299.
- Fondateur d'une personne morale : 286 et s, 297, 313 et s.

Acte unilatéral : 114, 300.

- Fondement de la personne morale : 285, 286 et s.
- Notion : **114** et s, **313** et s.

Acte unilatéral de société : 148 et s, 308,

- Cause-type : 81 et s.
- Définition : 81, 89.
- Révocabilité : 152 et s.

Activité finalisée

- **Fondement de la personnalité morale : 213, 220, 223, 284, 326, 336.**

Affectation

- Fondement : 390, 396.
- Patrimoine d'affectation, V. *Patrimoine*
- Théorie d' (___) : 390.

Affectio societatis : 91 et s, 169, 178, 182, 186, 187 et s, 221, 243, 286, 293.

- Cause (distinction) : 98, 102.
- Conception objective : 97, 178.
- Conception pluraliste : 97.

- Conception subjective : 97.
- Consentement (distinction) : 101.
- Définition : 95, 98, 105.
- Qualité d'associé : 108.
- Société unipersonnelle : 99 et s, **106**.

Aléas sociaux : 103 et s.

Apport : **8, 43 et s, 148 et s**, 172, 339, 499 et s.

- Apport en industrie : 8, 51.
- Apport en nature, 501 et s.
- Apport en numéraire : 8.
- Evaluation : 172, 223, 501 et s.
- Notion : **44** et s.

Arrêt Fruehauf : 277.

Association : 67 et s, 82, 220, 231 et s, 235, 294, 330, 364.

Associé unique

- Association : 5, 8.
- Décision unilatérale : 339 et s.
- Incapable : 8.
- Qualification : 108.
- Statut social : 87 et s.

AUBRY et RAU : 382, 383, 384, 385, 386, 388, 391, 456, 572.

Auto-entrepreneur : 11.

B

Bénéfices : 64 et s, 104, 223, 339, 515.

- Distribution : 104, 223, 339.
- Élément de qualification de l'acte de société : 64 et s.

Bien de la famille : 11.

Biens insaisissables : 11.

Biens nécessaire à l'activité : 11, 506.

BRUNZ et BEKKER : 356.

C

Capacité

- **Capacité d'exercice** : 327 et s, 334, 396,
- **Capacité de jouissance** : 327 et s, 334,

Capital social : 8, 566, 567, 573.

CARBONNIER : 27, 144, 351.

CARRÉ DE MALBERG : 329.

Cause : 62 et s.

- Acte unilatéral de société : 76 et s.
- Acte unilatéral : 70 et s.
- Contrat de société : 64 et s.
- Élément de qualification : 78 et s.
- Existence : 62 et s
- Licite : 63, 74, 181,
- Motif subjectif (distinction) : 84 et s.
- Type : 75 et s, 78 et s, 89.

Cautionnement : 374, 524, 564, 568 et s.

Cessation des paiements : 441 et s.

Cession d'entreprise : 450 et s.

Cession de contrat

- Cession judiciaire : 460, 476, 485 et s.
- Cessions légales : 460, 475.
- Conception subjective : 470 et s, 475, 477.
- Conceptions objectives : 463 et s, 477.
- Contrat d'assurance : 480.
- Contrat d'édition : 483.
- Contrat de bail : 479.
- Contrat de travail : 478.

Cession de créance : 453 et s.

- Créance de non rétablissement : 454 et s.
- Droit au bail : 459.

Cession des dettes : 460 et s, 463.

Cession du fonds de commerce : 453, 461, 462.

Cohérence : 18 et s, 34 et s, 505, 526.

Commissaire aux apports : 501 et s, 518.

Commissaires aux comptes : 514, 516, 518, 520, 522.

Compte sociaux : 9, 528 et s.

- Approbation des (___) : 532 et s.
- Établissement des (___) : 531.
- Inventaire : 530, 538.
- Publicité des (___) : 535.
- Rapport de gestion : 534.

Conflit d'intérêts : 214, 247, 265, 274, 511.

Consentement : 101, 128 et s, 181, 317.

Contrat avec soi-même : 156, 318, 341, 518.

Convention interdites : 510, **523 et s.**

Conventions réglementées : 341, **509 et s.**

- Associé unique personne morale : 523 et s.
- Associé unique personne physique : 513 et s, 524.
- Associé unique-gérant : 513 et s.
- Gérant non associé : 519 et s.

D

DEMOGUE : 286, note n° 1190.

DESPAX : 416, 455, 459.

Dissolution : **10**, 168, 340, 542 et s.

- Avec liquidation : **544 et s.**
- Sans liquidation : **552 et s.**

Droit subjectif : 201, 219, 222, 330, 396.

DURAND : 259, 262.

E

EARL : 5, 32, 261.

EIRL (Entrepreneur individuel à responsabilité limitée) : **11**, 298, 343, 349, 360, 380, 387, 405, 407, 409, 410, 416, 440, **448**, 451, 494, 495, 506 et s, **576 et s.**

Engagement unilatéral de volonté : **123 et s**, 308.

Entreprise

- Autonomie comptable : 418 et s.
- Autonomie fiscale : 422 et s.
- Autonomie patrimoniale (absence) : 359, 413, 416, 417, 430 et s, 440 et s, **449**, 463, 475, 490 et s.
- Biens nécessaires : 420, **506**.
- Conception institutionnelle : **257 et s**, 265,
- Doctrine de l' (___) : **237 et s.**
- Finalité : 264 et s, 268 et s.
- Groupement de personnes : 259.
- Intérêt : *V. Intérêt de l'entreprise.*
- Notion : **252 et s**, **257**,
- Taille de l' (___) : 502, 518.

- Transmission : 450 et s.

EUSRL : 5, 8.

F

Famille : 245 et s.

- Intérêt de la (___) : 245 et s.
- Personnalité morale de la (___) : 245.

Fiction

- Technique : 22, 383, 525.
- Théorie de la (___) : 201, 227, 294, 295, 299, 357.

Fictivité

- Apport : 51 et s.
- Cause de la (___) : 182.
- (___) Économique : 191 et s.
- Notion : 182 et s, 190.
- Société unipersonnelle : 51 et s, 185 et s, 198 et s, 500.

Fiducie : 12, 406 et s.

Filiale : 184, 187, 244.

Fondation : 234, 288, 301 et s, 330, 332, 358.

- Acte fondateur : 308 et s.
- Dissolution : 340.
- Intérêt collectif : 307, 308, 358.
- Intérêt transcendant : 308.
- Notion : 234, 288, 301 et s.

Fonds commun de placement et de créance (FCP et FCC) : 354.

Fonds de commerce : 412 et s, 451.

Fongibilité : 386.

Fortune de mer : 402 et s.

G

GENY : 201, 388, 389, 391.

Gérant-non associé

- Comptes sociaux : 533.
- Convention réglementées : 519 et s.
- Révocation : 346.

Groupe de société : 184, 244, 524.

H

HAURIOU : 178, note n° 585, 334, 338, 341.

Homogénéité d'intérêts : 169, 178, 207, **241** et s.

I

IHERING : 30, 201.

Immatriculation : 156 et s, 191, **287 et s**, 331.

Indivision conventionnelle : **353**.

Insaisissabilité : **11**.

Institution : **161** et s.

- Élément de qualification (négation comme) : 177 et s.
- Institution chose : 338.
- Notion de l'institution : **161** et s, note n° 585.
- Théorie institutionnelle : 152 et s, **161** et s.

Intérêt

- Autonomisation de l' (___) : 287, 298, 323.
- Collectif : **202** et s, **219** et s, 237 et s, 268 et s, 327, 352 et s, 395, 499.
- Définition : 206, 209.
- Fondement de la personnalité morale : **200 et s**.
- Général : 230 et s, 265.
- Homogénéité : 169, 178, 207, **241** et s.
- Immanent : **206** et s, 283, 335, 336, 339, 340, 342.
- Judiciarisation: 268, 340.
- Social : 167, 213 et s, 237 et s, 254, 257, 279, 342, 511, 521.
- Spécifique : **210** et s, 298, 299, 395, 396.
- Transcendant : 206, 218, **225** et s, 236, 283, 284, 308, 322, 358.
- Type : 242 et s.

Intérêt de la famille : 245 et s.

Intérêt de l'entreprise : 167, 237 et s, **251** et s.

- Clause de mobilité : 269.
- Clause de non concurrence : 270.
- Collectif (négation) : **268** et s.
- Conflit d'intérêts : 265.
- Intérêt général : 265.
- Licenciement économique : 275.
- Licenciement disciplinaire : 269.
- Modification du contrat du travail : 269.

Irrévocabilité : 309 et s, 340, 407, 410.

J

Jurisprudence Brinon : 271.

L

Liberté d'affectation comptable : 420.

Liquidation : 542 et s.

M

Majorité : 167, 221, 223, 334, 371.

MALAURIE : 32, 353.

MICHOUD : 307, 311, 330, 356.

MONTESQUIEU : 13.

N

Navire : 402 et s.

V. Fortune de mer

O

Objet social : 43, 64.

Obligation

- Conception objective : 399, **452** et s, 470 et s.
- Conception subjective : 384, 386, 416.

Organe : 332 et s, 345.

- Organe délibérant : 334, 341.
- Société unipersonnelle : 345.

Organisation de la personne morale : 327 et s.

- Définition : 332.
- Distinction avec la personnalité morale : **329**.
- Fondement de la personnalité morale : 222, 285, 327.
- Fondement de la société unipersonnelle : 335 et s.
- Nécessité de l'organisation : 327, **331**.
- Organisation délibérante : *V. Organe délibérant*.
- Variabilité : 363.

P

PAILLUSSEAU (J.) : 253, 261, **497**.

Patrimoine : 380 et s.

- Fondement de la personnalité : 285 et s.
- Fondement du (___) : 382 et s.
- Nécessité du patrimoine (Principe de) : 383.
- Unicité du patrimoine (Principe de l') : 11, 380, **382** et s, 387, 396.

Patrimoine d'affectation : 186, 342, 380, **388 et s.**

- Distinction avec responsabilité limitée : 348 et s, 365.
- Fondement du (___) : 390, 393 et s.
- Patrimoine collectif : 202, 295, 380, 397.
- Patrimoine sans sujet : **355 et s**, 382.
- Patrimoine spécialisé : 397 et s.

Personnalité morale : **200 et s.**

- Abus de (___) : *V. ce mot.*
- Acquisition: 203 et s, 295, **296.**
- Conception formaliste : 287, **289 et s**, 345.
- Dissolution : 340.
- Embryonnaire : 295.
- Fondement de la (___) : 201 et s, 221, 222, **348.**
- Interne : 295.
- Opposabilité : 291, 294 et s, 297, 298.
- Théorie de la fiction : 201, 206, 243, 273, 329, 331, 357,
- Théorie de la réalité technique : 201, 206, 220, 243, 329 et s,
- Théorie de la volonté : 202, 329.
- Utilité de la (___): **220**
- Variabilité de la (___) : 223, 228, 285, 346, 357, 360, 362.

Pouvoir : 166, 175 et s, 222, **393**, 396, 400, 407, 409, 420, 421, 451, 525,

- Administrateur (droit des procédures collectives) : 446.
- Associé unique : 339 et s, 345, 502, 509 et s, 518.
- Gérant-non associé : 346, 510.

Pouvoir de l'employeur : 254, 256, 257, 262 et s, **268 et s.**

- Contrôle de proportionnalité : 269, **273 et s**, 276.
- Détournement de pouvoir : 265 et s, 273.
- Pouvoir disciplinaire : 263 et s, 273.

Propersonnalité : 359.

Q

Qualification

- Notion : **21 et s**, **112 et s.**
- Acte de société : **22, 38 et s**, 41 et s, 177.

R

Rapport de gestion : 9, **534.**

Réalité juridique : **24 et s.**

Reprise des engagements : 295, 505.

Responsabilité limitée

- Élément de qualification : 81 et s.

- Fondement de la personnalité morale (rejet) : 229, 343, **360** et s.
- Fondements de la (____) : 366 et s, 403.

RIPERT : 32, 339.

S

SALEILLES : 308, 310, 388, 460.

Secret des affaires : 536.

Section syndical d'entreprise : 208.

SEL unipersonnelle : 5, note n° 307.

Simulation : 181 et s, 188, 192.

Société

- Fictive : 49, **181** et s, 187, 190 et s, 293, 322.
- En formation : 101, 153, 295, 500.
- Théorie contractuelle : 152, 160, 169, 173, **177**, 256, 289.
- Théorie institutionnelle : 154, 160, 498, 501, 510, 516, 518.
- Réelle : **3, 24 et s**, 49, 187, 190 et s.

Société unipersonnelle

- Absurdité : 77, 159, 575.
- Abus des biens sociaux : **342**, 518, 523, 526.
- Acte créateur : **113 et s, 147 et s, 318**, 323.
- *Affectio societatis* : 91 et s.
- Apport en industrie : 504.
- Apport en nature : 501 et s.
- Cause : 74 et s.
- Comptes sociaux : 528 et s.
- Conception formaliste : **298**.
- Convention avec l'associé unique : 514 et s.
- Convention avec le dirigeant : 519 et s.
- Création : 8, 286 et s, **298, 499 et s**.
- De fait : 157.
- Dissolution : 340, 542 et s.
- Fictivité : 185 et s, 500.
- Fonctionnement : 9, 335 et s, 345 et s, **509 et s**.
- Fondement patrimonial : 348 et s.
- Groupement de personnes (absence) : 260.
- Immatriculation : **8**.
- Intérêt spécifique ou distinct (absence) : 299, 308, 323 et s, **335 et s**.
- Motif déterminant : 77 et s, **84 et s**.
- Opposabilité : 299.
- Organisation institutionnelle : 170 et s, 338 et s, 345 et s, **497 et s**.
- Réalité juridique : **30 et s**.
- Régime fiscal : 84 et s, **86**.
- Reprise des engagements : 505.
- Société anonyme unipersonnelle : **6**.

- Société en nom collectif unipersonnelle : **6**.
- Statut type : **8**.

Spécialité légale : 68, note n° 251, 213, 328.

Statut type : **8**.

Subrogation réelle : 386,

SUIR : **5**.

Syndicat : 233.

T

Taux d'intérêts : 524, 579.

TERRÉ (F.) : **21, 112**.

THALLER : 295.

Transmission universelle de patrimoine : 10, 542 et s, **552 et s**.

Trust : 406.

U

Unité d'imposition : 423 et s.

W

WALINE : 242, 243.

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
I. Une évolution législative inachevée	4
A. L'évolution législative de la société unipersonnelle	5
B. L'évolution législative renforçant la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel	13
II. L'intérêt de l'étude	21
III. Méthodes et objet de l'étude : une étude critique de la société unipersonnelle	25
A. Une question d'ordre théorique : la recherche de la cohérence conceptuelle	25
B. Une question d'ordre réaliste : la recherche de la réalité juridique	29
1° Les critères de la réalité juridique	30
2° Les critères de la réalité juridique de la société unipersonnelle	34
IV. Choix du plan	36
PREMIÈRE PARTIE UNE REMISE EN CAUSE CONCEPTUELLE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE	39
TITRE I. LA REMISE EN CAUSE DE LA NOTION DE SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE	42
CHAPITRE I. L'ABSENCE DES CRITÈRES DE QUALIFICATION SOCIALE DANS L'ACTE UNILATÉRAL	45
Section 1. L'absence de l'élément matériel de qualification d'une société dans l'acte unilatéral ..	46
§1. La notion d'apport en société comme élément matériel de qualification	47
§2. L'absence de valeur qualificative de l'acte unilatéral d'apport à une société unipersonnelle	49
A. La notion d'apport liée à la pluralité d'apporteurs	50
B. L'insuffisance de la notion d'apport liée à l'affectation	53
1° La notion d'apport est indépendante de celle de patrimoine d'affectation ou de personne morale	54
2° L'insuffisance de l'affectation comme élément de qualification d'un acte d'apport en société	57
Section 2. L'absence des éléments intentionnels de qualification d'une société dans l'acte unilatéral	60
§1. La non-transposition de la cause de l'acte de société à l'acte unilatéral	61
A. La notion de cause du contrat de société	62
B. L'absence de valeur qualificative d'une société dans la cause de l'acte unilatéral	67
1° La cause de l'acte unilatéral	67
2° La particularité de la cause de l'acte unilatéral de société	69
a) La cause-type de l'acte unilatéral de société	72
b) Les motifs subjectifs n'ayant pas valeur de qualification	78
§2. La non-transposition de l'affectio societatis à l'acte unilatéral	87
A. La notion d'affectio societatis	88
B. L'absence d'affectio societatis dans la société unipersonnelle	94
CHAPITRE II. L'ABSENCE D'UNE STRUCTURE DE QUALIFICATION SOCIALE DANS L'ACTE UNILATÉRAL	111
Section 1. La nature juridique de l'acte créateur d'une société unipersonnelle	112
§1. La notion d'acte juridique unilatéral	113
A. La notion générale d'acte unilatéral de volonté	113
B. La notion spécifique d'engagement unilatéral de volonté	117
1° Les conditions techniques de l'engagement unilatéral	118
a) Les conditions tenant à la notion même d'obligation	119
b) Les conditions tenant l'unilatéralité même de l'acte	124
2° La condition de subsidiarité de l'engagement unilatéral	128
§2. La nature contractuelle de l'acte créateur d'une société unipersonnelle	135

Section 2. L'absence d'une théorie unitaire de la société englobant la société unipersonnelle	146
§1. L'absence d'une théorie unitaire de la société tirée de la notion d'institution : la qualification de la volonté déclarée	149
A. Exposé critique de la notion d'institution.....	150
B. L'incidence de la transposition de la notion d'institution sur la qualification sociale de la société unipersonnelle	154
1° Une transposition inadéquate : l'affaiblissement de l'organisation institutionnelle	155
2° Une transposition inopérante : l'absence de valeur qualificative de la théorie de l'institution	161
§2. L'absence de théorie unitaire de la société fictive englobant la société unipersonnelle : la qualification de la volonté interne.....	166
A. L'absence de réalité collective, cause autonome de fictivité	167
B. La non-transposition de la notion de fictivité à la société unipersonnelle.....	172
1° Les causes de fictivité de la société unipersonnelle.....	172
2° Le rejet d'une conception élargie de la fictivité.....	176
TITRE II. LA REMISE EN CAUSE DE LA PERSONNALITÉ MORALE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE	183
CHAPITRE I. UNE REMISE EN CAUSE AU REGARD DE L'ABSENCE D'INTÉRÊT COLLECTIF	187
Section 1. La nécessité d'un intérêt collectif distinct, fondement de la réalité des personnes morales	189
§1. L'immanence de l'intérêt de la personne morale	190
A. La sélection d'un intérêt	191
B. L'addition des intérêts.....	197
§2. La transcendance de l'intérêt de la personne morale	203
Section 2. L'absence d'un intérêt collectif transcendant celui de l'associé unique dans la société unipersonnelle.....	211
§1. La condition d'homogénéité d'intérêts.....	212
A. L'homogénéité d'intérêts, condition préalable à la personnification.....	212
B. L'absence d'homogénéité, obstacle à la personnification	215
§2. L'absence d'homogénéité d'intérêt dans l'entreprise unipersonnelle.....	222
A. La recherche d'un intérêt collectif fondement de la personnification de la société unipersonnelle	222
B. La négation de l'intérêt collectif dans l'entreprise unipersonnelle	232
1° L'intérêt de l'entreprise et le contrôle judiciaire en matière contractuelle	233
2° L'intérêt de l'entreprise et le contrôle judiciaire du pouvoir unilatéral de l'employeur	238
CHAPITRE II. UNE REMISE EN CAUSE AU REGARD DE L'ÉCHEC DES PALLIATIFS À L'INTÉRÊT COLLECTIF	253
Section 1. L'échec de l'acte unilatéral à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle.....	254
§ 1. L'échec des justifications juridiques de l'acte unilatéral de société.....	255
A. L'échec de la conception formaliste à justifier l'acte unilatéral de société	256
1° Exposé critique de la conception formaliste de la constitution de la personne morale	256
2° Les conséquences de la conception formaliste quant à la société unipersonnelle.....	265
B. L'échec de l'acte de fondation à justifier l'acte unilatéral de société	268
1° La particularité de la notion de fondation	268
2° La fausse assimilation entre acte unilatéral de fondation et acte unilatéral de société	272
§2. L'absence d'une théorie unitaire de l'acte fondateur d'une personne morale tirée de sa qualification unilatérale.....	276
Section 2. L'échec de l'organisation légale à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle.....	288
§1. La place de l'organisation en droit de la personnalité morale	289
§2. L'incidence de l'unicité d'associé sur la distinction des intérêts dans la société unipersonnelle	296

A. L'unicité d'associé obstacle à l'autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle	296
B. L'inutilité d'une organisation personnifiante dans la société unipersonnelle	307
Section 3. L'échec du fondement patrimonial à fonder une autonomie d'intérêt dans la société unipersonnelle	313
§1. La remise en cause de la société unipersonnelle au regard du critère de l'autonomie patrimoniale	313
§2. Une remise en cause de la société unipersonnelle au regard du critère de la responsabilité limitée	325
A. L'absence de corrélation entre la limitation de responsabilité et la personnalité morale	326
B. Les fondements de la responsabilité limitée	331
1° Les justifications juridiques de la règle de la responsabilité limitée	331
2° Les justifications économiques ou réalistes de la règle de la responsabilité limitée	334
SECONDE PARTIE UNE REMISE EN CAUSE RÉALISTE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE	342
I. La métamorphose de la théorie de patrimoine	343
A. La théorie classique du patrimoine	343
B. La théorie moderne du patrimoine d'affectation	349
1° La conception doctrinale de la notion de patrimoine d'affectation	350
2° Le fondement de la notion de patrimoine d'affectation	353
II. La consécration législative de certains patrimoines d'affectation	357
A. La succession faisant l'objet d'une acceptation à concurrence de l'actif net	358
B. La fortune de mer	361
C. La fiducie	364
TITRE I. LE PRINCIPE DE L'ABSENCE D'AUTONOMIE PATRIMONIALE DE L'ENTREPRISE UNIPERSONNELLE	370
CHAPITRE I. L'ABSENCE D'AUTONOMIE PATRIMONIALE DE L'ENTREPRISE DANS LES DIFFÉRENTES BRANCHES DU DROIT	374
Section 1. L'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise en droit comptable	374
Section 2. L'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise en droit fiscal	378
§1. L'unité d'imposition de l'impôt sur le revenu	379
§2. L'absence d'un principe général d'autonomie fiscale de l'entreprise individuelle	388
Section 3. L'absence d'autonomie patrimoniale de l'entreprise en droit des procédures collectives	391
§1. Les causes d'ouverture de la procédure, obstacles à l'autonomie patrimoniale de l'entreprise	393
§2. Les effets du jugement d'ouverture, obstacles à l'autonomie patrimoniale de l'entreprise	395
CHAPITRE II. LA CONCEPTION SUBJECTIVE DE L'OBLIGATION, OBSTACLE À LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE EN TANT QU'ENTITÉ PATRIMONIALE AUTONOME ...	401
Section 1. La conception subjective de l'obligation, obstacle à la transmission des créances et des dettes séparément	404
§1. La conception subjective de l'obligation obstacle à l'existence d'un actif propre de l'entreprise	404
§2. La conception subjective de l'obligation obstacle à l'existence d'un passif propre de l'entreprise	410
Section 2. La conception subjective de l'obligation, obstacle à la transmission des créances et des dettes corrélatives	412
§1. L'incidence d'une approche objective du contrat sur l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle	412
A. Les conceptions objectives de la cession de contrat	413
1° La conception dualiste ou analytique	413
2° La conception moniste	415
B. La conception subjective de la cession de contrat	416
§2. L'incidence de la cession légale et judiciaire du contrat sur l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle	421

A. L'incidence de la cession légale de contrat sur l'émergence d'une autonomie patrimoniale de l'entreprise individuelle.....	422
1° La cession légale du contrat de travail.....	423
2° La cession légale du contrat de bail commercial.....	425
3° La cession légale du contrat d'assurance.....	427
4° La cession légale du contrat d'édition.....	430
B. L'incidence de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté sur l'émergence d'un passif propre de l'entreprise individuelle.....	432
TITRE II. LA REMISE EN CAUSE DE LA STRUCTURE PATRIMONIALE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE.....	441
CHAPITRE I. UNE REMISE EN CAUSE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE COMME TECHNIQUE EFFECTIVE DE SÉPARATION DES PATRIMOINES.....	443
Section 1. L'incidence de l'unicité sur la création d'un patrimoine d'affectation à travers la société unipersonnelle.....	445
Section 2. L'incidence de l'unicité sur le fonctionnement de la société unipersonnelle.....	451
§1. L'incidence de l'unicité sur le régime des conventions conclues avec la société.....	452
A. Le régime des conventions réglementées pour l'associé unique personne physique.....	453
1° Le régime des conventions réglementées pour l'associé unique-gérant.....	453
2° Le régime des conventions réglementées pour le gérant-non associé.....	459
B. Le régime des conventions réglementées pour l'associé unique personne morale.....	462
§2. L'incidence de l'unicité sur le contrôle des comptes sociaux.....	464
A. L'établissement et l'approbation des comptes sociaux.....	467
B. La publicité des comptes sociaux.....	470
CHAPITRE II. UNE REMISE EN CAUSE DE LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE COMME TECHNIQUE DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ.....	473
Section 1. L'incidence du régime de dissolution sur la limitation de responsabilité dans la société unipersonnelle.....	474
§1. Le régime de la dissolution d'une société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne physique.....	476
A. Le régime juridique de la liquidation.....	476
B. L'incidence de l'unicité d'associé sur le régime de liquidation.....	477
1° Le régime de liquidation des sociétés <i>in bonis</i>	477
2° Le régime de liquidation en cas de procédure collective.....	478
§2. Le régime de la dissolution d'une société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne morale.....	480
A. Le régime juridique de la transmission universelle du patrimoine.....	481
B. Les dérives de la simplification du régime juridique de la transmission universelle du patrimoine.....	484
Section 2. Le divorce entre le fait et le droit ayant pour objectif de donner la faveur de la limitation de responsabilité à l'entrepreneur individuel.....	488
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	503
BIBLIOGRAPHIE.....	507
I- OUVRAGES GÉNÉRAUX.....	507
JURIS-CLASSEUR ET RÉPERTOIRES.....	509
II - THÈSES ET OUVRAGES SPÉCIAUX.....	510
III - ARTICLES.....	514
MÉLANGES, CONGRÈS ET CONTRIBUTIONS À OUVRAGES COLLECTIF.....	532
IV. JURISPRUDENCE.....	535
V. RAPPORTS.....	545
VI. SITES INTERNET.....	546
VII. AUTRES.....	546
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	548
TABLES DES MATIÈRES.....	558