UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

–

ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

THÈSE

Pour obtenir le grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
Discipline : Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement le 30 janvier 2015
par
Olivier GRAF

La personne morale : un non-professionnel ?

Directeur de Thèse
Monsieur Didier Poracchia
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Composition du Jury

Rapporteurs	Monsieur Hervé Lécuyer Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II
	Monsieur Philippe Stoffel-Munck Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I
Examinateur	Monsieur Emmanuel Putman Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

« L'Université d'Aix-Marseille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ;

ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur ».

Remerciements

Je souhaite en premier lieu remercier Monsieur le Professeur Didier PORACCHIA qui m'a offert ce formidable sujet et a accepté de superviser mes travaux. Je tiens à lui exprimer ma gratitude pour s'être toujours rendu disponible et m'avoir accordé une confiance sans faille durant toutes ces années.

Je remercie également les membres de ce jury qui me font l'honneur de participer à l'appréciation de ce travail.

Je tiens à remercier Monsieur Gilles ACCOMANDO, Président du tribunal de grande instance d'Avignon et du Conseil départemental d'accès au droit de Vaucluse, ainsi que Madame Véronique DESCHAMPS, Secrétaire générale de cette structure départementale, pour m'avoir offert la chance de travailler au plus près du justiciable en tant qu'agent d'accès au droit.

Je remercie également l'ensemble des magistrats avec lesquels il m'a été donné de collaborer en tant qu'assistant de justice principalement affecté aux chambres de la famille au sein des tribunaux de grande instance d'Arras et d'Avignon. Leurs conseils de rédaction des jugements et la qualité des recherches demandées se reflètent dans les présents travaux.

Enfin, j'adresse toute ma reconnaissance à ma famille, et en particulier à ma compagne Delphine, ainsi qu'à l'ensemble de mes amis pour leur soutien indéfectible et leurs relectures.

Liste des principales abréviations

Act. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
AJ	Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
AJDI	Actualité juridique Droit immobilier
AJ Famille	Actualité juridique famille
Ass. Plén	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Banque et Droit	Revue Banque et Droit
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 sur les sociétés
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cah. dr. Entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. 1re civ.	Cour de cassation première chambre civile
Cass. 2ème civ.	Cour de cassation deuxième chambre civile
Cass. 3ème civ.	Cour de cassation troisième chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel (décision)
CE	Conseil dEtat (décision)
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	Confer
Ch.	Chambre
Ch. mixte	Chambre mixte
Chron.	Chronique
Civ.	Civil
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection.
Com. com. élec.	Communication, commerce électronique
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Contra.	Contraire
Contrats et Marchés publ.	Contrats et Marché publics
Contrats conc. consom.	Contrats concurrence consommation
D.	Recueil Dalloz
D. Aff.	Recueil Dalloz, édition « affaires » (1995-1999)
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois

Dir.	Directive
Doct.	Doctrine du Recueil Dalloz
DP	Dalloz Périodique
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. et patr	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. pénal	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Ed.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Au même endroit
In	Dans
Infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
J. -Cl.	Juris-classeur encyclopédie
JCP / JCP G	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Générale
JCP A	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Administrations et collectivités territoriales
JCP E	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprises et affaires
JCP N	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Notariale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes (jusqu'au 1er févr. 2003)
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne (depuis le 1er févr. 2003)
Jur.	Jurisprudence du Recueil Dalloz
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
M.	Monsieur
MM.	Messieurs
Mme	Madame
n°	Numéro
Obs.	Observations
Op. cit.	Opere Citato (dans l'ouvrage cité)
p.	Page
Pan.	Panorama

Préc.	Précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
Rappr.	Rapprocher
RD Banc. et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. soc.	Revue des sociétés
Rép. civ.	Répertoire encyclopédique Dalloz
Rép. quest. écrite	Réponse à question écrite
Resp. civ. et ass.	Responsabilité civile et assurances
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDA	Revue générale de droit des assurances
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF	Revue de jurisprudence personnes et famille
RLDI	Revue. Lamy droit de l'Immatériel
RLDA	Revue. Lamy droit des affaires
RRJ	Revue de recherche juridique (Droit prospectif)
RSC	Revue de sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	Suivants
Sect.	Section
Somm.	Sommaires commentés du Recueil Dalloz
Spéc.	Spécialement
Ss. dir.	Sous la direction de
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
TC	Tribunal des conflis
TI	Tribunal d'instance
Trav.	Travail
V.	Voir
V°	Voir Mot
Vol.	Volume

Sommaire général

Introduction générale.

Première partie – La personne morale et la personnalité fonctionnelle.

Titre I – L'émergence de la personne morale non-professionnelle.

Chapitre I – L'aptitude des personnes morales à être protégées par le droit.

Chapitre II – Le critère finaliste, une conception discutable du rapport direct avec l'activité professionnelle.

Titre II – La conception renouvelée de la personne morale non-professionnelle.

Chapitre I – La qualification de non-professionnel ou la personne morale décomposée.

Chapitre II – Le critère de l'objet : une nouvelle conception du rapport direct avec l'activité professionnelle.

Seconde partie – La personne morale non-professionnelle et la personnalité non-fonctionnelle.

Titre I – La nature des personnes morales et la méthode de détermination des droits de la personnalité.

Chapitre I – Rejet de la démarche analogique des droits de la personnalité des personnes morales.

Chapitre II – L'approche autonome des droits de la personnalité, source de protection de la personnalité non-fonctionnelle.

Titre II – Les droits de la personnalité des personnes morales.

Chapitre I – Les atteintes aux droits de la personnalité des personnes morales.

Chapitre II – Les préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales : proposition d'une nomenclature.

Conclusion générale.

Introduction générale

1. De la force de l'illustration. Une illustration est parfois plus intelligible qu'un long exposé. C'est ce qu'ont bien compris Jèze en son temps et plus récemment le Professeur Paisant. Pour faire comprendre la théorie de la fiction des personnes morales, le premier a déclaré n'avoir jamais déjeuné avec l'une d'entre-elles[1]. Le second a judicieusement remarqué que les non-professionnels « *s'invitent [...] de plus en plus, dans le Code de la consommation, à la table des consommateurs* » avant de s'interroger « *Mais qui sont-ils donc ? Et pourquoi les jumeler aux consommateurs ?* »[2]. Ainsi mises en perspective, ces images, interpellent car, si l'on excepte la connotation culinaire, elles n'ont rien de commun. L'une est relative à un type de personne juridique et l'autre au champ d'application *ratione personnae* de certains textes du droit de la consommation. Il est des intitulés qui

1 G. JÈZE, cité par M. WALINE, Droit administratif, Sirey, 7ème éd., 1957, spéc.n° 402.

2 G. PAISANT, Retour sur la notion de non-professionnel, *in* Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges Bernard Gross, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 231.

procurent le même sentiment de décalage, et celui des présents travaux en est un. Le choc de ces deux problématiques interpelle et aboutit inévitablement à conserver la forme interrogative. La personne morale : un non-professionnel ? Ce hiatus est d'autant plus prégnant que le législateur a récemment, et pourrait-on écrire enfin, adopté une définition du consommateur, copie presque parfaite de celles de nombreuses directives[3]. L'article préliminaire du Code de la consommation entend par consommateur « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »[4]. Il résulte néanmoins de ce texte que les personnes morales sont exclues de la qualification de consommateur.

2. Première impasse. On ne peut en conséquence que s'interroger sur les raisons qui ont pu pousser la Cour de cassation dans son arrêt du 15 mars 2005 à ne pas exclure ès-qualité les personnes morales de la qualification de non-professionnel au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation[5]. Il semble que cette hypothèse soit soumise à plusieurs impasses logiques. Les personnes morales sont définies dans le Vocabulaire juridique comme un « groupement doté, sous certaines conditions d'une personnalité juridique plus ou moins complète »[6]. Le droit objectif prescrit les formalités d'attribution de la personnalité morale qui constituent lesdites conditions. C'est pourquoi nous nous en tiendrons dans cette étude aux personnes morales qui auront été régulièrement déclarées. Leurs activités sont déclarées dans un document constitutif et leurs actes sont limités par le principe de spécialité. Il s'agit d'une impasse logique car, à peine de nullité[7], une personne morale ne saurait en principe agir en dehors des activités composant son objet. Le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle et

3 Cet article est issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi « Hamon ».

4 Il peut être relevé que les activités agricoles sont étrangement exclues de cette définition légale.

5 Cass 1re civ., 15 mars 2005 : pourvoi n° 02-13285, Syndicat départemental du contrôle laitier de la Mayenne c/ Sté Europe Computer Systèmes (ECS). Nous verrons que cette solution a été réitérée à propos d'autres textes en matière de commerce électronique et de reconduction de contrat (respectivement : art. L. 121-85 et L136-1 du même code).

6 G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF Paris, coll. Quadrige, 2° édition 2001.

7 Le régime de la nullité de l'acte varie pour certaines sociétés à l'égard du tiers de bonne foi.

sa conception finaliste adoptés par la Cour de cassation ne permettent pas de faire la lumière et de trouver une ouverture.

3. Premiers pas vers une issue. Cependant, en replaçant la solution de la première chambre civile dans un contexte juridique plus large, on constate que l'incongruité s'estompe et l'impasse pourrait finalement se muer en une issue. Certains textes, considèrent en effet que les personnes morales peuvent se trouver en situation de faiblesse, notamment financière, et nécessitent diverses protections, comme par exemple ceux relatifs aux entreprises en difficultés. Il apparaît par conséquent douteux que la nature de la personne, morale ou physique, constitue un critère pertinent d'application de corpus juridiques protecteurs. Mais plus fondamentalement, depuis l'admission de la personnalité morale des sociétés par la jurisprudence et le législateur au XIX^{ème} siècle[8], puis des associations par la loi de 1901, on peut remarquer une évolution de la notion de la personne morale. Outre les controverses doctrinales souvent évoquées sur la nature de ces personnes, il peut être remarqué que ces êtres fictifs se sont de plus en plus ancrés dans la réalité juridique[9]. Cette évolution peut être sommairement retracée. La chambre criminelle a, dès 1956, reconnu le bénéfice de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 à une société[10]. Il peut également être constaté que depuis une vingtaine d'années, le rythme de ce mouvement s'est accéléré. En 1992, le nouveau Code pénal a prévu rien de moins que la responsabilité pénale des personnes morales. D'abord limitée à des infractions spécifiques, cette responsabilité a été étendue à l'ensemble des infractions par la loi dite « Perben II » du 09 mars 2004. La jurisprudence, encore elle, a admis l'existence du préjudice moral des personnes morales[11]. Puis, la première chambre civile a rendu la décision sus-évoquée en matière de clauses abusives[12]. Les personnes morales semblent donc être de manière croissante considérées

8 *Cf.* N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, Bibl. droit. priv., t. 410, Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 91 et s., p.52 et s.

9 Cass. 2ème civ. 28 janv. 1954, Comité d'établissement de Saint-Chamond, des Forges de la Marine et d'Honécourt, D. 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR ; JCP, 1954, II, 7978, concl. LEMOINE.

10 Cass. Cirm. 12 juin 1956, Bull. Crim. 1956, n° 461.

11 *Cf. supra*, n° 260.

12 Cass 1re civ., 15 mars 2005, préc.

comme des sujets de droit à part entière, parties faibles de contrats, mais aussi titulaires de droits de la personnalité comme par exemple la protection contre les diffamations.

4. Seconde impasse. Ce contexte « évolutionniste » donne un nouveau sens à la notion de personne morale non-professionnelle. Elle semble ne pas concerner seulement l'activité de la personne morale, mais aussi sa personnalité au travers de droits de la personnalité. Seulement ces droits sont traditionnellement considérés comme l'apanage des seules personnes physiques. Ils sont en effet définis dans le Vocabulaire juridique comme les « droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux »[13]. Le raisonnement paraît donc à nouveau dans l'impasse.

5. Seconde issue en vue !. Cette évolution s'est fort heureusement accompagnée de propositions doctrinales parfois très audacieuses, comme en témoignent celles de Mme Dumoulin-Mauduit[14]. Dans le but d'envisager l'attribution de droits de la personnalité aux êtres moraux, elle n'a pas hésité à « disséquer » la notion de personnalité morale et de concevoir une nouvelle présentation des droits de la personnalité. Pour ce faire, elle a démontré que tel un dé, les personnes morales possédaient différentes facettes ou personnalités, qu'elle désigne l'une comme fonctionnelle et l'autre comme organisationnelle. Cette opinion s'avère salvatrice car elle rompt totalement avec la vision monolithique de la personne morale. Cependant, il convient d'approfondir les propositions de Mme Dumoulin et de distinguer la personnalité fonctionnelle, relative à l'activité finalisée ou professionnelle, de la personnalité non-fonctionnelle qui permet d'envisager ce qui touche à la personnalité-même de la personne morale. En adoptant une telle vision éclatée, associer un caractère non-professionnel aux être moraux n'apparaît plus dénué de logique. Bien au contraire, il semble exister une cohérence concurrente de l'optique dominante que l'on peut schématiser en cercles concentriques articulés par la proximité avec l'activité professionnelle de la

13 Vocabulaire juridique : V° Personnalité (droits de la)
14 L. DUMOULIN, Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev. soc. 2006, p. 1.

personne morale. Le critère du rapport direct est alors entendu comme étant essentiellement un rapport de comparaison avec l'objet de l'activité. Au centre, ce trouve la personnalité professionnelle qui constitue le cœur de l'activité professionnelle de la personne morale. Les actes qui y sont inclus se trouvent être en rapport direct avec l'activité professionnelle. Autour, se trouvent les actes en rapport seulement indirect avec l'activité professionnelle, il sont en réalité des actes de soutient de cette activité. Il s'agit de la personnalité de fonctionnement. Ces deux cercles composent la personnalité fonctionnelle dont la protection ne concernerait que sa part « fonctionnement ». Elle se fera par la qualification de non-professionnel dans les quelques mesures consuméristes où celle-ci est présente. Autour de cette personnalité fonctionnelle, se trouve la personnalité que, faute de mieux, nous avons désigné « non-fonctionnelle », dont le rapport avec l'activité professionnelle est différent. Cette personnalité a pour support l'organisation. Le premier cercle sera celui d'une personnalité organisationnelle qui vient au soutient de la personne morale, et non plus de son activité, en ce qu'elle en assure le fonctionnement interne de l'être moral. Le dernier cercle sera celui de la personnalité sociologique qui ne possède qu'un rapport avec l'activité professionnelle fondé sur une relation de causalité. La protection de cette personnalité non-fonctionnelle sera assurée au moyen de droits de la personnalité.

6. Annonce de plan. La recherche de la personne morale non-professionnelle aura par conséquent probablement moins à voir avec les différentes théories et passes d'armes sur la nature fictionnelle ou réelle des personnes morales ou sur leur reconnaissance qu'avec une description minutieuse des rapports de la personne morale à sa personnalité composite. Pour cela, nous étudieront en premier lieu la personnalité fonctionnelle des personnes morales, liée à la protection de la personne morale agissante (Première partie). En second lieu, il conviendra de consacrer notre réflexion à une personnalité « non-fonctionnelle », qui vise à préserver la personnalité organisationnelle et sociologique de la personne morale (Seconde partie).

Première partie

La personne morale et

la personnalité fonctionnelle.

7. La personnalité fonctionnelle des personnes morales en ce qu'elle n'est liée qu'à son activité est la plus aisée à appréhender. Cependant, elle peut être subdivisée en fonction de la proximité de l'acte avec cette activité. Ce n'est qu'en adoptant une vision fractionnée de la personnalité fonctionnelle que la personne morale non-professionnelle peut être envisagée. Ainsi dans un premier temps, nous nous attacherons à retracer la généalogie de la personne morale non-professionnelle afin d'être en mesure de questionner cette notion (Titre I). Sur la base des conclusions qui en résulteront, nous déterminerons les conditions nécessaires à une meilleure compréhension et intégration dans notre droit de la personne morale non-professionnelle (Titre II).

Titre I

L'émergence de la personne morale non-professionnelle.

8. En ce qu'il accorde une protection aux personnes morales en ne les excluant pas ès-qualité, l'arrêt du 15 mars 2005 de la Cour de cassation n'est en lui-même une innovation qu'à l'égard des protections consuméristes relatives aux clauses abusives. Dans un certain nombre de situations en effet, les personnes morales sont protégées par différents textes applicables aux deux catégories de personnes juridiques. Nous allons par conséquent constater que les personnes morales sont des êtres juridiques capables d'être protégés, notamment par certaines dispositions du droit de la consommation (Chapitre I). Cependant, il s'avère que dans le cas d'une protection par le droit des clauses abusives, le critère choisi est particulièrement contestable (Chapitre II).

Chapitre I

L'aptitude des personnes morales

à être protégées par le droit.

9. Introduction. Tout comme les personnes physiques peuvent se trouver dans des situations qui nécessitent une protection, afin par exemple qu'elles ne commettent pas d'actes qui leur soient préjudiciables, les personnes morales peuvent bénéficier de certaines protections. Cependant, le particularisme de leur condition juridique fait que la protection peut être écartée pour des raisons d'un bon sens apparent comme l'existence d'instance collectives[15] leur permettant de saisir au mieux leur intérêt et d'agir en conséquence. C'est pourquoi, une protection des personnes morales peut être exclue expressément par certains textes, dont le principal aujourd'hui, le nouvel article préliminaire du Code de la

15 G. RAYMOND, sous les arrêts CJCE 22 nov. 2001, Sté Cape Snc c/ Idealservice Srl et Idealservice MNRE Sas c/ OMAI Srl, aff. C-541/99 et C-542/99, Contrats conc. consom. 2002, comm. 18.

consommation issu de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014[16]. D'autres textes sont cependant muets sur l'appartenance des personnes morales à leur champ d'application *ratione personæ*. C'est notamment le cas de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation concernant le droit de rétractation accordé à l'acquéreur immobilier[17]. Toutefois, cela ne signifie en rien que ces personnes ne sauraient bénéficier de protection. Si l'on dépasse l'*a priori,* il peut apparaître que la situation concrète de la personne morale appelle une nécessaire protection, comme dans le cas de certains contrats qui s'avèrent déséquilibrés. La personnalité morale n'est pas un critère discriminant de la qualification de professionnel et donc d'exclusion des protections (Section I). Néanmoins, s'il semble aujourd'hui difficile de faire bénéficier les personnes morales de la qualification protectrice de consommateur, celle de non-professionnel paraît leur rester ouverte (Section II).

16 En matière de crédit à la consommation : art. L. 311-1 du même code en sa rédaction issue de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, dite loi Lagarde. – En matière de surendettement des particuliers : art. L. 330-1 du même code. – En matière de sollicitations par courrier électronique : art. L. 34-5 al. 1er du Code des postes et des communications électroniques tel qu'issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique – En matière de protection des données personnelles : articles 38 et suivants de la loi n° 78-17 touchant à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

17 La doctrine est partagée. Le Professeur Bergel adopte une attitude nuancée, confinant à une étude au cas par cas des situations, notamment celui des sociétés civiles immobilières familiales (J-L. BERGEL « La protection de l'acquéreur immobilier », Dr. part., nov. 2002, p. 54.). D'autres optent pour l'impossibilité d'accorder un tel délai aux personnes morales. M. Périnet-Marquet invoque la volonté du législateur. Selon lui, il n'a jamais été question d'inclure les personnes morales dans le champ d'application de l'article L. 271-1, et l'utilisation de l'adage « *Ubi lex non distinguit...* » peut certes servir à cette inclusion, mais également à ne pas distinguer entre les personnes morales. Ainsi, dès lors que l'on admettrait que ce délai de rétractation puisse être utilisé par les sociétés civiles immobilières dites familiales, rien n'empêcherait d'en étendre l'application aux personnes morales de droit public (H.PÉRINET-MARQUET, Les difficultés de délimitation du champ d'application des droits de rétractation et de réflexion offerts à l'acquéreur immobilier. - Article L. 271-1 du Code de la construction, JCP G 2002, I, 129, spéc. n° 28 à 31). Outre les problèmes pratiques relevés par le Professeur Aynès, tels l'impossibilité de savoir à qui notifier et qui exercera le droit, il faut reconnaître que certains arguments « font mouche » comme celui tiré du champ d'application quant à l'acte concerné. En effet, l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation vise tout acte sous seing privé ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation. Ainsi l'usage de l'immeuble semble difficilement s'accorder avec une application du texte aux personnes morales (Consultation n° 515023 citée *in* Bull. CRIDON 1er oct. 2001, II, 238).

Section I
La personnalité morale, un faux critère de la qualification de professionnel.

10. Il existe une ambiguïté terminologique quant à la notion de professionnel. En jouant sur cette ambiguïté, il est possible de constater que la personne morale est un professionnel pouvant être protégé (§ 1). Par ailleurs, certaines protections peuvent être appliquées aux personnes morales, mais elles ne leur sont pas exclusives, et si certaines personnes morales sont exclues de ces mécanismes, ce n'est aucunement en fonction de leur nature (§ 2). Le critère distinctif est en réalité l'activité (§ 3).

§ 1 – La personne morale, un professionnel protégé.

11. La double signification du terme « professionnel ». Certains textes définissent la personne à protéger comme étant exclusivement une personne physique, comme l'article préliminaire du Code de la consommation. Ils semblent fondés sur l'idée que les personnes morales seraient « naturellement » des professionnels. Cependant, ce préjugé provient d'une ambiguïté d'ordre terminologique qu'il convient ici de lever. Le terme « professionnel » désigne, suivant les textes, plusieurs réalités. Dans un premier sens, général, il désigne la personne prise dans l'exercice d'une activité professionnelle entendue largement[18]. C'est notamment le cas lorsque la personne morale connaît des difficultés. Les personnes morales sont protégées par des procédures prévues au livre six du Code de commerce. C'est ainsi qu'en matière de prévention des difficultés l'article L. 611-1 du Code de commerce prévoit la possibilité pour « *toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que toute personne morale de droit privé* » d'adhérer à

18 Sur la définition de l'activité professionnelle : c*f. infra* n° 167 et s., 192 et s.

un groupement ayant reçu l'agrément du représentant de l'État dans la Région afin de bénéficier d'un avis sur leur situation financière, et si besoin de l'appui d'un expert[19]. La procédure de sauvegarde[20], ainsi que celle de redressement judiciaire procèdent de la même conception du professionnel et incluent les personnes morales après avoir énuméré un certain nombre de types d'activités. Au-delà de ce sens général, il existe un sens technique, celui du droit de la consommation et plus généralement des corps de règles protégeant une partie considérée comme faible dans une relation contractuelle. Le professionnel y est alors la personne physique ou morale qui propose un bien ou un service à un consommateur et qui agit à des « fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »[21]. Il s'agit de la partie au contrat considérée comme forte. Or, il existe des textes dans lesquels le professionnel au sens général ne saurait être considéré comme partie forte d'un contrat. Indépendamment de la nature de sa personnalité, le professionnel peut avoir besoin de protection au regard de sa position dans le contrat.

12. Démarchage financier : le professionnel faible peut être une personne morale. Les personnes morales, bien que pouvant être considérées comme des professionnels au sens général, peuvent bénéficier de certaines protections dès lors qu'elles peuvent être regardées comme des parties contractuellement faibles. On en trouve une illustration en cas de démarchage bancaire et financier où la protection n'est accordée qu'autant qu'il existe un face-à-face entre un professionnel au sens technique du terme et une partie faible qui peut être un professionnel au sens général. À défaut de précision contraire, les dispositions

19 Les articles L. 611-4 et L. 611-5 prévoient qu'une procédure de conciliation entre le débiteur et ses créanciers peut être ordonnée par le juge. Le second alinéa de ce dernier texte exclut les agriculteurs, lesquels bénéficient d'une procédure spécifique dite de règlement amiable prévue aux articles L. 351-1 et suivants du Code rural.

20 L'article L. 620-2 du Code de commerce vise toute personne exerçant un certain nombre d'activités, commerçants, agriculteurs, artisans, mais également toute personne physique exerçant à titre indépendant, comprenant notamment les professions libérales, et toutes les personnes morales de droit privé.

21 Art. 2 Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Journal officiel n° L 304 du 22/11/2011 p. 64. Ces éléments de définition sont repris à l'article préliminaire du Code de la consommation issu de la loi du 17 mars 2004 préc.

relatives à ce type de démarchage protègent notamment les professionnels au sens général du terme, quelle que soit la nature de leur personnalité juridique[22]. L'idée d'une protection des professionnels en tant que parties faibles est confortée par les exclusions prévues à l'article L. 341-2 indice premier modifié du Code monétaire et financier. Bien que la protection y soit refusée à des prises de contact avec des personnes morales, ces exclusions sont fondées sur différents critères, seuils[23] ou listes permettant de considérer l'opération qui en résulterait le cas échéant comme équilibrée et ne justifiant plus la protection de cette contrepartie. Ainsi par un jeu de pistes de renvois[24], les dispositions relatives au démarchage bancaire ne peuvent notamment pas bénéficier aux « clients professionnels » entendus comme les clients possédant « l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre [leurs] propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus »[25]. Lorsqu'un démarché peut être qualifié notamment de « client professionnel », le déséquilibre de la situation pré-contractuelle disparaît. Par conséquent, les exclusions édictées par les articles L. 341-2 et renvois successifs attestent que les professionnels sont protégés au regard de leur faiblesse face à une contrepartie en position de force et en aucun cas au regard de la nature de leur personnalité juridique. Le 5° de cet article participe de la même logique. Le caractère habituel exclut donc une relation déséquilibrée entre les parties.

22 L'article. L. 341-1 du Code monétaire et financier tend expressément à la protection des personnes morales. Mais il existe à l'article L. 341-2 deux exclusions des personnes morales concernant des situations bien spécifiques. La première pouvant être citée est celle du 4° de cet article, lorsque les prises de contact portent sur des services et produits bien précis. Le 3° prévoit que sont exclues du champ d'application des dispositions sur le démarchage bancaire et financier les démarches effectuées dans les locaux professionnels d'une personne morale, à la demande de celle-ci. Ainsi, la personne morale est privée de protection dès lors que les opérations de démarchage sont volontaires, mais peut-on encore parler véritablement de démarchage dans ce dernier cas ?

23 Art. D. 341-1, Code monétaire et financier : 5 millions d'euros pour le total du bilan, 5 millions d'euros pour le chiffre d'affaires ou à défaut pour le montant des recettes, 5 millions d'euros pour le montant des actifs gérés, 50 personnes pour les effectifs annuels moyens.

24 Art. D. 411-1, Code monétaire et financier.

25 Art. L. 533-16, Code monétaire et financier. Des listes des investisseurs qualifiés se trouvent finalement désormais dressées aux articles D. 533-11 et D. 533-13 du même code.

§ 2 – La protection de la partie faible indifférente de sa nature physique ou morale.

13. Il est de fait que plusieurs textes ne font pas la distinction entre les deux types de personnes quant à leur champ d'application *ratione personæ* (A). La jurisprudence use indifféremment des mêmes critères de qualification (B). C'est ainsi que la qualification des personnes morales est indifférente.

A – Dans les textes internes : absence de distinction.

14. Droit de la consommation. Outre le démarchage bancaire et financier, différents textes relevant d'un ordre public de protection ne voient pas leur champ d'application limité en fonction de la nature de la personnalité de la partie faible[26]. Ainsi, les articles L. 121-85, L. 132-1 et L. 136-1 du même code ne prennent aucunement en compte la nature physique ou morale de la personne quant à la qualification de non-professionnel. Dans le domaine du crédit, certains textes de droit de la consommation ne voient pas leur champ d'application limité aux personnes physiques. C'est notamment le cas de l'article L. 312-3 du Code de la consommation relatif au crédit immobilier et qui exclut du champ de la protection certaines opérations. En effet, outre l'exclusion des personnes morales de droit public, il vise notamment les prêts destinés à financer une activité professionnelle « *notamment celle des personnes physiques ou morales (...)* » qui fournissent des immeubles en propriété ou en jouissance. Une fois de plus, le critère discriminant n'est pas la nature de la personnalité et ce, d'autant plus que l'article L. 312-1

26 Certains auteurs (B. BÉDARIDE, Crédit immobilier et démarchage. L'impact limité de la loi de sécurité financière**,** Dr. et patr. n° 129 sept. 2004 p. 36. spéc. p. 40.) ont relevé que la directive n° 2002/65/CE du 23 sept. 2002 précitée est limitée aux personnes physiques, le législateur français étant allé au-delà. En l'absence de clause d'harmonisation minimale permettant aux États membres de prendre ou maintenir des mesures assurant un niveau de protection supérieure, on pourrait craindre une condamnation de la France pour cette transposition extensive. Cependant, il peut être objecté que le considérant n° 29 de l'exposé des motifs semble laisser ouverte la possibilité pour les États d'accorder une protection aux personnes morales à but non-lucratif. Mais quelle utilité d'adopter un tel considérant pour qu'il ne trouve pas de traduction dans la partie normative de la directive?

définit l'acquéreur comme « *toute personne qui acquiert, souscrit ou commande au moyen des prêts mentionnés à l'article L. 312-2* ».

15. Droit de rétractation dans les ventes immobilières. L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation tend à protéger l'acquéreur non-professionnel. La lettre de la loi est muette sur une exclusion des personnes morales.

16. Droit de l'environnement. De même, pour l'article L. 514-20 du Code de l'environnement qui instaure diverses obligations d'information à la charge du vendeur d'un terrain sur lequel a été exploité une installation soumise à autorisation ou à enregistrement, le bénéficiaire de cette information est l'acquéreur, le texte ne définissant aucunement qu'il doive s'agir d'une personne physique ou morale.

17. Nombreux sont donc les dispositions qui ne se servent pas de la différence de nature entre personnes physiques et personnes morales pour accorder ou refuser leur protection. La jurisprudence est dans cette même optique.

B – Dans la jurisprudence : identité des critères.

18. Lorsque les textes ne sont pas assez précis pour déterminer leur champ d'application, cette tâche revient au juge. La définition du consommateur issue du nouvel article préliminaire inséré dans le Code de la consommation[27] ne changera très probablement rien au critère[28]. La jurisprudence confirme que, quelque soit le critère utilisé pour déterminer le bénéficiaire de telle ou telle protection, personnes physiques ou morales se voient appliquer le même critère.

19. Critères du rapport direct et de la compétence. Cela est particulièrement vrai aujourd'hui en droit de la consommation et notamment en matière de clauses abusives avec le critère du rapport direct. À titre d'illustration, plusieurs décisions peuvent être évoquées. Une société avait conclu un contrat de crédit-bail

27 Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et dite loi « Hamon »
28 *Cf. infra* n° 51.

concernant un véhicule automobile. La Cour de cassation a jugé que ce contrat ainsi que l'assurance s'y rattachant avaient été conclus pour les besoins de la société et que « *les dispositions de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, devenu l'article L.132-1 du Code de la consommation ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractan*t »[29]. La chambre commerciale réitère ici un attendu de principe énoncé dans un arrêt de la première chambre civile du 20 octobre 1992[30]. Concernant une commerçante personne physique, la deuxième chambre civile a prononcé le 18 mars 2004 une cassation au visa de l'article L. 132-1 du Code de la consommation avec un attendu de principe particulièrement clair énonçant que la protection contre les clauses abusives ne jouait pas dans les « *contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractan*t »[31]. Ce qui est frappant ici, c'est la reprise quasiment mots pour mots de la formule de l'attendu précédemment cité concernant une personne morale. Cette constatation pouvait tout aussi bien être faite en ce qui concerne l'ancien critère de la protection contre les clauses abusives, la compétence. La première chambre civile de la Cour de cassation a en effet estimé que la personne morale exerçant l'activité d'agent immobilier se trouvait « *dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur* » au regard du domaine très technique des alarmes[32]. Cette formule a été également utilisée pour les personnes physiques[33]. Pour ce qui est

---

29 Cass. com. 13 mars 2001, inédit titré : pourvoi n° 98-21912.

30 Cass. 1re civ. 20 oct. 1992, JurisData n° 000025 ; *Droit de la consommation. Dix ans de jurisprudence commentée 1990-2000 :* Contrats conc. consom., numéro hors-série, comm. n° 35. Cette formulation réapparaît ponctuellement avec parfois certaines modifications introduisant certaines nuances voire incertitudes telles que la disparition de l'expression de « rapport direct » : Cass. 1re civ. 11 déc. 2008, JCP E 2009, p. 1278, obs. G. RAYMOND ; Contrats conc. consom. 2009, comm. 69, obs. L. LEVENEUR.

31 Cass. 2ème civ. 18 mars 2004, Bull., civ., II, n°136, p.114 ; D. 2004, AJ p. 1018 obs. C. RONDEY.

32 Cass. 1re civ. 28 avril 1987 Bull, civ. I, n° 134 p. 103 ; JCP 1987 n° 20893, note G. PAISANT ; D. 1988, p. 1, note Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1987 p. 537, obs. J. MESTRE.

33 Notamment en matière de démarchage : Cass. 1re civ. 25 mai 1992 annexé à l'étude du Professeur G. PAISANT : Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP G 1993, I, 3655 démarchage d'une commerçante en vue de l'installation d'un système d'alarme – Cass. 1re civ. 20 oct. 1992, *Droit de la consommation. Dix ans de jurisprudence commentée 1990-2000 :* Contrats conc. consom., numéro hors-série, comm. n° 32, relatif au démarchage d'un artisan plombier ayant abouti à la souscription d'un contrat d'assurance juridique.

du devoir d'information prévu par l'article L. 111-1 du Code de la consommation, la Cour d'appel de Rennes a fait, elle aussi, application du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle à propos d'un contrat qui prévoyait l'encadrement de photographies[34].

20. Crédit immobilier : critère fondé sur la destination de l'acte. Une identité de critères peut encore être constatée en matière de crédit immobilier avec l'utilisation du critère légal d'exclusion des professionnels fondé sur la destination de l'acte. En effet, la protection d'une personne physique a été exclue sur le fondement de l'article 2 de la loi du 13 juillet 1979, devenu L. 312-3 du Code de la consommation, dans un arrêt de la première chambre civile du 07 octobre 1992[35]. Une même solution a été prononcée sur le double fondement de la loi sur les clauses abusives et de celle sur le crédit immobilier à l'encontre d'une société civile immobilière dans une espèce du 26 mai 1993[36].

21. Droit de rétractation en matière immobilière. Hors du droit de la consommation également, la personnalité morale ne semble pas être à elle-seule un critère d'exclusion de certaines protection. Ainsi en est-il à l'égard du droit de rétractation en matière immobilière. Par un récent arrêt du 24 octobre 2012, la troisième chambre civile a approuvé une décision d'appel refusant la qualification d'acquéreur non-professionnel à une société civile immobilière en se basant sur le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle[37].

22. Ainsi, en raison de la large absence d'exclusion textuelle des personnes morales, les juges appliquent les mêmes critères aux personnes, physiques ou morales, se prévalant de certaines protections légales de la partie contractante considérée comme faible.

---

34 CA Rennes 30 janv. 1998, Contrats, conc, consom. 1998, comm n° 152, note G. RAYMOND.

35 Cass. 1re civ. 07 oct. 1992 : *JCP* G 1992, IV,2928 ; Contrats conc. consom. 1993, comm n° 14, note G. RAYMOND.

36 Cass. 1re civ., 26 mai 1993, *Droit de la consommation. Dix ans de jurisprudence commentée 1990-2000 :* Contrats conc. consom., numéro hors-série, comm. n° 43.

37 Cass. civ. 3ème 24 oct. 2012 : pourvoi n° 11.18774 : JCP G 2012, 1401 note L. LEVENEUR, également parue JCP E 2012, 1761 et Contrats conc. consom. 2013, comm. 3 ; D. 2013, p. 280, obs. Ch. BLANCHARD ; AJDI 2012 p. 809, note N. DAMAS ; AJDI 2013, p. 374, obs. F. COHET-CORDEY ; S. BECQUÉ-ICKOWICZ et D. SAVOURÉ : Acquisition par une société civile immobilière et faculté de rétractation, Defrénois 2013 p. 175.

C – Qualification jurisprudentielle indirecte de la personne morale.

23. Absence de qualification ou disqualification de la personne morale directement eu égard à sa nature. Certainement conscients de l'ambiguïté et surtout de l'absence de définition de la notion de consommateur, les juges se sont toujours contentés d'appliquer ou de refuser l'application des dispositions protectrices, sans jamais qualifier la personne demandant cette protection, sauf en de très rares cas, compte tenu du nombre de décisions étudiées[38]. Par exemple, pour refuser expressément à une société civile immobilière la qualité de consommateur au sens des lois du 10 janvier 1978 sur le crédit immobilier et sur les clauses abusives, la première chambre civile prend bien soin de relever auparavant que le contrat était un prêt « *destiné à financer l'acquisition d'un immeuble* »[39]. Peu de traces donc en jurisprudence d'une qualification ou disqualification directe des personnes morales. Néanmoins, plusieurs techniques sont utilisées par les juridictions pour dire le droit.

24. Techniques de qualification indirecte des personnes morales. La plupart du temps, la Cour de cassation cite le principe légal puis constate que le contrat est en rapport direct avec l'activité professionnelle. Inaugurée en 1987 en matière de clauses abusives[40], la formule conduisant à l'application du droit de la consommation par assimilation, selon laquelle la personne morale se trouvait dans le « *même état d'ignorance que n'importe quel consommateur* », a été reprise dans un arrêt de la première chambre civile du 25 mai 1992[41], avant d'être reniée avec l'avènement du critère du rapport direct[42]. Il est même arrivé devant une juridiction du second degré que l'application du droit de la consommation découle d'une énumération négative « *ni vendeur, ni loueur, ni réparateur de*

38 Pour un un syndicat de copropriété qualifié de consommateur : CA Paris 8ème Ch. Sect. B 13 novembre 1997 rôle n° 95/09970 ; pour une association à but non-lucratif qualifiée de non-professionnel CA Chambéry Ch. civ. 24 sept. 2002 rôle n° 00/00756, JurisData n° 199537.

39 Cass. 1re civ. 26 mai 1993, préc.

40 Cass. 1re civ. 28 avril 1987 préc.

41 Annexé à l'étude du Professeur G. PAISANT préc.

42 Par exemple : Cass. civ 1re 05 mars 2002, Bull. Civ, I, n° 78 p. 60 ; JCP G 2002, n° 31-35, II, 10123, note. G. PAISANT. Cependant, reprenant cette formule : CA Reims Ch. civ., 2ème section 19 mai 2005, JurisData n° 275112.

photocopieur »[43]. Par ce stratagème, la Cour d'appel de Paris n'a pas eu à rechercher l'activité de l'association qui sollicitait le bénéfice de la protection consumériste. Mais dans la plus grande majorité des cas, les juridictions se réfèrent au contrat, comme par exemple la Cour de cassation le 25 mai 1992 dans sa formule précitée[44] à l'occasion des arrêts du 13 mars 2001 de la chambre commerciale et du 20 octobre 1992 de la première chambre civile. À aucun moment, elle ne prend le soin de qualifier la partie au contrat.

25. La personne morale n'étant pas protégée ou exclue eu égard à sa nature, on peut néanmoins remarquer une présence constante de l'activité exercée par la partie au contrat se prévalant de la protection consumériste.

§ 3 – Omniprésence de l'activité.

26. L'activité constamment prise en compte. La législation consumériste est tout entière fondée sur la distinction entre d'une part le professionnel et d'autre part le consommateur. Le principe distinctif est l'activité professionnelle. Elle va servir de socle à l'ensemble de l'édifice de la protection de la partie faible. En effet, le consommateur est présumé inexpérimenté et par conséquent en situation de faiblesse par rapport à son cocontractant professionnel. Ce dernier est réputé connaître sa profession, les règles la régissant et les produits ou services qu'il propose. Ainsi, le professionnel met à son profit son expérience acquise dans l'exercice de son activité professionnelle afin de conclure un contrat inégalitaire. Conscients de cela, les diverses institutions vont prendre en considération la cause de cette inégalité à savoir l'activité professionnelle, à tel point que la Cour de cassation a pu exiger des juridictions du fond qu'elles précisent en quoi consistait l'activité de la personne morale[45].

---

43 CA Paris, 5ème Ch., sect. B, 04 juil. 1996, JurisData : n° 022075.

44 Cass. com. 13 mars 2001, inédit titré : pourvoi n° 98-21912 préc. et Cass. 1re civ. 20 oct. 1992 préc.

45 Cass. 1re civ. 10 juin 1997, inédit titré : pourvoi n° 95-14456.

27. L'activité omniprésente dans les directives. Les directives imposant aux États membres de prendre des mesures aptes à assurer la protection du consommateur ont une définition sensiblement identique. Au sens de ces textes, la personne à protéger, le « consommateur »[46], est celle qui agit à des fins étrangères à son activité professionnelle. Quant au « professionnel », « fournisseur »[47], « établissement de crédit »[48] ou autres dénominations, partie présumée forte au contrat, il est défini lui aussi par rapport à son activité professionnelle, et quand bien même la définition de ce professionnel ne comprendrait pas expressément le terme d'activité professionnelle, celle-ci se déduit de la définition même[49].

28. Droit interne. L'omniprésence de l'activité professionnelle se manifeste ou s'est manifestée d'une part dans la loi[50] et d'autre part dans la jurisprudence. Il ne s'agit pas ici d'en dresser une liste exhaustive, mais simplement de relever que le législateur a fait une large place à l'activité professionnelle dans ses textes, afin de faire le départ entre les opérations soumises à la protection consumériste et les autres. Outre les textes abrogés que furent les articles L. 121-22 sur le démarchage à domicile[51] et L. 311-3 4° du Code de la consommation sur le crédit à la consommation[52], on peut évidemment citer le tout nouvel article préliminaire de ce Code, issu de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014. Pour la jurisprudence, il ne fait aucun doute que l'activité professionnelle est la notion sur laquelle repose

---

46 Par exemple, Dir. n° 2002/65/CE, préc. Cette prise en compte de l'activité s'est généralisée dans les directives européennes.

47 Dir. n° 97/7/CE du 20 mai 1997, « concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance » (abrogée). Dir. n° 2011/83/UE du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs. Art. 2 ne reprenant que la notion de professionnel.

48 Dir. n° 98/298/CE du 17 avril 1989, « portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières », JOCE vol. L 124 du 5 mai 1989, p. 8.

49 Dans la dernière directive citée en référence, l'établissement de crédit y est défini comme l'entreprise « *dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte (...)* ».

50 Nouvel article préliminaire du Code de la consommation issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 et l'article L. 311-1 du même code.

51 L'article L. 121-22 du Code de la consommation excluait jusqu'à la loi du 17 mars 2014 les contrats « *ayant un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, professionnelle, industrielle, commerciale ou de toute autre profession* ».

52 Article abrogé depuis la loi n° 2010-737 du 1er juil. 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

tout le droit de la consommation. En effet, quel que soit le critère retenu pour admettre ou exclure une personne, morale ou non, au bénéfice de la protection, c'est bien l'activité professionnelle qui permet de faire le distinguo. Le critère de la compétence, posé pour la première fois dans un arrêt de 1982, est au sens de cet arrêt la « compétence *professionnelle* de la personne protégée »[53]. On ne saurait être plus clair : la personne protégée agissait dans le cadre de son activité professionnelle, mais dans un domaine qui y est étranger et par conséquent, elle méritait d'être protégée. De même, le critère du rapport direct, posé en 1995[54], se réfère explicitement à l'activité professionnelle. C'est en considération de celle-ci que va être apprécié le contrat et que la protection sera ou non accordée au demandeur.

29. Nous avons pu constater que la personnalité physique ou morale n'est pas le critère de la protection de la partie faible d'un contrat. Mais lorsque la jurisprudence accorde à une personne morale le bénéfice des dispositions consuméristes, comment, si tant est que ce soit le cas, est-elle qualifiée ? Dans sa décision du 15 mars 2005[55], la première chambre civile a, on serait tenté de dire enfin, accordé l'autonomie à la notion de non-professionnel par rapport à celle de consommateur.

---

53 Cass. 1re civ., 15 avril 1982 : Bull., civ., I, n° 133 ; D. 1984, p. 439, note J.-P. PIZZIO.

54 Cass. 1re civ., 24 janv. 1995 : Bull. civ., I, n° 54, p. 38 ; D. 1995, jur., p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, somm. p. 310, note J.-P. PIZZIO ; JCP G, 1995, I n° 3893, note G. VINEY ; *D.* 1995, somm. p. 229, note P. DELEBECQUE ; *LPA* 05 juillet 1995, n° 384, note J. HUET.

55 Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : pourvoi n° 02-13285, JurisData n°2005-027573, Contrats conc. consom., comm. n° 100, mai 2005 p. 32 note G. RAYMOND ; D. 2005 n° 28, Jur., p. 1948 note A. BOUJEKA, Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français ; JCP E n° 21, p. 769 obs. D. BAKOUCHE ; G. PAISANT, Protection des consommateur : Une personne morale n'a pas accès à la protection de l'article L. 132-1 dès lors qu'elle a contracté en qualité de professionnel », JCP G, II, n° 10114.

Section II
La personne morale protégée par la notion autonome de non-professionnel.

30. Bien que la personnalité morale ne soit pas un véritable critère de la qualification de professionnel, les personnes morales ne sauraient pourtant prétendre à des protections consuméristes par l'attribution de la qualification de consommateur (§ 1). Pour qu'une protection des personnes morales par le biais de la notion de non-professionnel puisse être envisagée, il faut tout d'abord affranchir ce vocable de la qualification de consommateur. Qualification propre au droit français, le non-professionnel semble pouvoir légitimer une protection des personnes morales au titre de certains textes du droit de la consommation et ce, d'autant plus que cette qualification semble aujourd'hui unifiée. Il pourra être remarqué que les décisions usant de la qualification de non-professionnel sont majoritairement relatives à des personnes morales qui sollicitent une protection consumériste (§ 2).

§ 1 – L'inaptitude des personnes morales à la qualification de consommateur : unification de la notion.

31. Hostilité générale de la personne morale qualifiée de consommateur. De nombreux auteurs se montrent hostiles à la protection des personnes morales par des dispositions favorables au consommateur[56]. Cette hostilité a pu être fondée sur un argument tiré de la volonté du législateur. Pour certains auteurs en effet, le

56 Voir cependant : J. AMAR, Une cause perdue la protection des personnes morales par le droit de la consommation, Contrats conc. consom. 2003, chron. n° 5.

consommateur n'a jamais été conçu en droit interne que comme une personne physique[57]. Pour d'autres, l'une des raisons pour lesquelles les textes consuméristes ne sauraient bénéficier aux personnes morales est que ces personnes « *disposent d'instances collectives de réflexion au sein desquelles la décision de contracter peut-être réfléchie* », le droit de la consommation étant « *un droit de la régulation des marchés au bénéfice des personnes seules* »[58]. Cette opposition, est fondée sur la crainte d'une extension sans fin du droit de la consommation au point d'en provoquer la fusion avec le droit commun[59]. Ces opinions ont aujourd'hui été clairement entendues avec l'insertion de l'article préliminaire dans le Code de la consommation. La jurisprudence de la Cour de cassation se montre également opposée à la qualification de consommateur aux personnes morales. Dans son arrêt en date du 15 mars 2005, la première chambre civile cite un arrêt préjudiciel de la Cour de justice du 22 novembre 2001 pour nier la qualité de consommateur aux personnes morales. Cet arrêt illustre parfaitement la construction de la réponse à cette question. En effet, le droit le plus hostile à l'ouverture de cette qualification aux personnes morales est le droit communautaire (A). Le droit interne semble n'avoir pu que s'y conformer (B).

A – Au regard du droit communautaire : les clauses d'harmonisation.

32. Exclusion des personnes morales du droit de la consommation au niveau européen. En droit communautaire, le droit matériel apparaît défavorable à une attribution de la qualification de consommateur aux personnes morales. En premier lieu, les principales directives européennes relatives à la protection du consommateur le définissent comme une personne physique[60]. Cet argument

57 G. TAHOMINA, Théorie et pratique du droit de la consommation, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

58 Voir les observations de G. RAYMOND, sous les arrêts CJCE 22 nov. 2001, Sté Cape Snc c/ Idealservice Srl et Idealservice MNRE Sas c/ OMAI Srl, aff. C-541/99 et C-542/99, Contrats conc. consom. 2002, comm 18.

59 G. RAYMOND, note ss. Cass 1re civ., 15 mars 2005 : pourvoi n° 02-13.285, Syndicat départemental du contrôle laitier de la Mayenne c/ Sté Europe Computer Systèmes (ECS) et CJCE 20 janv. 2005, Johann Gruber c/ Bay Wa AG, Contrats conc. consom. 2005, comm 100.

60 Art. 2, Dir. 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, Journal officiel n° L 372 du 31/12/1985 p. 0031 (abrogée par la directive du 25 octobre 2011 mentionnée ci-après) – art. 2 b), Dir. 93/13/CEE du Conseil, du 05 avril 1993, concernant les

devrait *a priori* être suffisant pour exclure les personnes morales du bénéfice des dispositifs de protection qu'elles mettent en place.

33. Harmonisation des législations nationales. Un autre élément doit cependant être pris en compte. Toutes les directives ne tendent pas à obtenir un droit parfaitement uniforme sur le territoire de l'Union européenne. Ainsi, plusieurs techniques d'harmonisation sont utilisées pour la mise en place des protections consuméristes. Les États peuvent bénéficier de marges de manœuvre par rapport aux directives communautaires. Ces marges peuvent être la résultante de la rédaction de la directive elle-même ou bien dépendre de clauses d'harmonisation incluses dans le texte[61]. Certaines de ces clauses sont dites d'harmonisation « maximales » en ce qu'elles interdisent aux États de s'écarter de la directive et tendent par conséquent à l'uniformisation du droit au sein de l'Union afin de ne pas contrecarrer le fonctionnement du marché intérieur. D'autres, dites « minimales » permettent aux États membres de prévoir un niveau de protection supérieur à celui prévu par le législateur européen[62].

---

clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Journal officiel n° L 095 du 21 avr. 1993 p. 0029 (modifiée à la marge par la directive du 25 octobre 2011 mentionnée ci-après) – art. 1-2, Dir. 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation Journal officiel n° L 171 du 7 juillet 1999 p. 12 (modifiée à la marge par la directive du 25 octobre 2011 mentionnée ci-après) – art. 2 e), Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») Journal Officiel n° L 178 du 17 juillet 2000 p. 1 – art. 3 a), Dir. 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la Dir. 87/102/CEE du Conseil, Journal officiel n° L 133 du 22/05/2008 p. 0066 – 0092 reprenant l'art. 1 2a) de la Dir. 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation Journal officiel L 42 du 12/02/1987, p. 48 – art. 2 1), Dir. 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Dir. 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Dir. 85/577/CEE du Conseil et la Dir. 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Journal officiel n° L 304 du 22/11/2011 p. 64.

61 S. ROBIN-OLIVIER et J.-S. BERGÉ, Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres (1re partie). Droit de la consommation. La difficile question de la marge de manœuvre conférée par le droit communautaire aux droits nationaux dans la transposition des directives (Retour sur trois arrêts de la CJCE du 25 avril 2002), LPA, 19 mai 2003 n° 99, p. 4 .

62 Art. 8, Dir. 85/577/CEE (abrogée par la Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011) préc. ; art. 15 Dir. 87/102/CEE préc. ; art. 8, Dir. 93/13/CEE préc. ; art 8-2, Dir. 1999/44/CEE préc.

34. Disparités des clauses d'harmonisation minimale. Au sein des clauses d'harmonisation minimales, il semble possible de discerner deux techniques différentes faisant varier le degré d'harmonisation permise en fonction des directives. Certaines peuvent ouvrir aux États membres une grande latitude, le texte se contentant alors d'évoquer la possibilité d'adopter ou maintenir des dispositions plus strictes que celles contenues dans la directive[63]. Dans d'autres clauses la marge de manœuvre est en revanche bien plus restreinte, comme c'est le cas à l'article 15 de la directive 85/374 du 25 juillet 1985[64] ou bien plus récemment la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011[65] qui n'autorisent que certaines dérogations bien définies[66].

35. Les clauses d'harmonisation minimale peuvent-elles venir au secours de la protection des personnes morales ? Contrairement à ce qui a pu être

63 Par exemple : art. 8 Dir. 93/13/CEE : « Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ». Cet article n'a pas été modifié par la Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011.

64 Dir. 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L 210 du 7.8.1985, p. 29.

65 Dir. 2011/83/UE préc.

66 Par exemple : Dir. 85/374 art 15 : « 1. Chaque État membre peut : a) par dérogation à l'article 2, prévoir dans sa législation qu'au sens de l'article 1er, le terme « produit » désigne également les matières premières agricoles et le produits de la chasse ; b) par dérogation à l'article 7 point e), maintenir ou, sous réserve de la procédure définie au paragraphe 2 du présent article, prévoir dans sa législation que le producteur est responsable même s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut ». – Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 art. 3 point 4. : « Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive ou de ne pas maintenir ou introduire des dispositions nationales correspondantes, pour les contrats hors établissement pour lesquels le paiement à charge du consommateur n'excède pas 50 EUR. Les États membres peuvent prévoir une valeur inférieure dans leur législation nationale. », art 5 sur l'information dans les contrats autres que les contrats à distance et hors-établissement ; « 3. Les États membres ne sont pas tenus d'appliquer le paragraphe 1 aux contrats qui portent sur des transactions intéressant la vie quotidienne et qui sont exécutés dès leur conclusion. 4. Les États membres peuvent maintenir ou adopter des exigences supplémentaires en matière d'information précontractuelle pour les contrats auxquels s'applique le présent article. »

envisagé par certains auteurs[67], ou juges du fond[68], les clauses d'harmonisation minimales ne sauraient à notre sens, servir de fondement à la protection des personnes morales par le droit de la consommation. En effet, au-delà de légères variations rédactionnelles, les textes de ces clauses évoquent tous un « niveau de protection » du consommateur plus élevé que le minimum communautaire contenu dans l'acte, mais ne le définissent point. Il ne s'agit aucunement d'une extension du champ d'application du texte concerné[69], mais d'une conception qualitative de la protection qui ne s'adresse qu'à une seule et même catégorie de personnes, en l'occurence physiques[70]. Relativement à cette catégorie de personnes, les États ont la possibilité de placer le curseur plus haut sur l'échelle de la qualité de la protection accordée. En matière de responsabilité du fait des produits défectueux, les juges de Luxembourg ont retenu cette conception qualitative et personnelle des clauses d'harmonisation, en l'espèce maximale, quand bien même cela conduise à une moindre protection du consommateur. La loi française a ainsi été jugée trop généreuse et la France condamnée pour manquement[71]. De surcroît, il semble que cette pratique du législateur européen soit en régression du fait de la multiplication des directives dites d'harmonisation maximale, comme en témoignent notamment la directive 2008/48/CE précitée en son article 22, ou

67 A. BOUJEKA, Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français, D. 2005 Jur. p. 1948 ; G. PAISANT, Protection des consommateurs : Une personne morale n'a pas accès à la protection de l'article L. 132-1 dès lors qu'elle a contracté « en qualité de professionnel », JCP G 2005, II, 10114. D'autres se sont posés la question : M. LUBY, Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (À propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MNRE Sas, aff. C-542/99), Contrats conc. consom. 2002, chron. 14.

68 CA Chambéry 24 sept. 2002, JurisData n° 2002-199537.

69 *Idem.*

70 Seulement, avec l'extension du champ d'application à de nombreuses catégories de personnes considérées comme vulnérables, le domaine du droit commun se réduirait corrélativement. Dans le même temps, le niveau de protection des personnes jugées les plus faibles de ces personnes vulnérables tendrait à diminuer relativement au nombre de catégories de personnes protégées et il faudrait alors prévoir un nouveau régime de protection plus contraignant. Ce que conteste D. MAZEAUD dans « L'attraction du droit commun », RTD com, 1998 p. 95, spéc. p. 103.

71 V. condamnation de la France et de la Grèce pour mauvaise transposition de cette même directive : CJCE 25 avr. 2002, Commission des Communautés européennes c/ République française et République hellénique et V. Gonzàlez Sànchez, aff. jtes. C-52/00, C-154/00 et C-183/00, D. 2002, jur. p. 2462, commentaire Ch. LARROUMET ; D. 2002, somm. p. 2935 et 2937, obs. J.-P. PIZZIO.

l'article 4 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011[72] qui souffre pour sa part quelques exceptions. Si les contestations[73] ont eu raison du domaine de la directive finalement adoptée le 25 octobre 2011[74], on ne peut que constater que du point de vue de l'harmonisation, la Commission a eu gain de cause. L'article 4 de la directive dispose de manière similaire au même article de la proposition que : « Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement ». Ce texte ne tolère donc de dérogation quant au niveau de protection accordé, que dans des domaines limités.

36. Ainsi, la qualification de consommateur leur étant interdite en droit communautaire, les personnes morales ne sauraient bénéficier de protections consuméristes.

B – Au regard du droit interne.

37. Cheminement vers l'unification en cinq étapes. L'unification de la notion de consommateur excluant les personnes morales aujourd'hui constatée est en fait le fruit d'une évolution. Cette évolution au long cours peut être décrite en cinq actes se déroulant parfois parallèlement, dans une même unité de temps. Premier acte, les définitions du consommateur dans les directives européennes le définissent comme une personne physique, comme il a été vu précédemment[75]. Second acte,

---

72 Préc.

73 Voir la position du Conseil économique et social européen qui se montre hostile à bien des points de la proposition et notamment à l'uniformisation des législations relatives aux consommateurs : JOCE 23 déc. 2009, p. C317/54 et suivantes ; S. WHITTAKER, Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète », D. 2009, p. 1152.

74 Le champ d'application de la proposition de directive du 08 octobre 2008 était bien plus vaste : l'article 47 de la «Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs» COM(2008) 614 final – 2008/0196 (COD) Comm. CE, prop. dir., 8 oct. 2008, COM(2008) 614 final ; G. PAISANT, Proposition de directive relative aux droits des consommateurs, avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? : JCP G 2009, I, 118 ; C. AUBERT DE VINCELLES, Naissance d'un droit communautaire de la consommation : RDC 2009, p. 578 s.

75 *Cf. supra* n° 32.

le choix et « l'importation » en matière de clauses abusives du critère du rapport direct issu du dispositif relatif au démarchage à domicile, excluant expressément les personnes morales du champ de la protection[76]. Troisième acte, la question de l'accessibilité des personnes morales à la qualification de consommateur a enfin[77] été résolue en droit interne avec l'arrêt du 15 mars 2005 précité. Le consommateur au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation est et ne peut être qu'une personne physique. Quatrième acte, la confirmation par l'extension de la conception stricte d'un arrêt du 02 avril 2009 rendu sur le fondement de l'article L. 136-1 du Code de la consommation[78] que la qualification de consommateur au sens de cet article « *ne concerne que les personnes physiques* »[79]. Acte cinq, l'étape législative qui se déroule en deux phases. La première consiste dans la transposition de la directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008 par la loi du 1er juillet 2010 réformant le crédit à la consommation. Ce texte a donné une définition du consommateur comme étant uniquement une personne physique[80]. La seconde est la définition unitaire du consommateur donnée la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 qui reprend celle donnée par la directive du 25 octobre 2011 dans un article préliminaire au Code de la consommation. Il en résulte qu'en droit français, la qualification de consommateur est aujourd'hui très clairement refusée aux personnes morales.

38. Difficulté de donner une définition au consommateur. Cependant le problème posé par la qualification de consommateur en elle-même est qu'historiquement chaque texte de droit de la consommation[81] avait ses propres objectifs et domaines d'application, et partant sa propre définition du consommateur. Ainsi, l'harmonisation actuelle de la notion pourrait se révéler porteuse de difficultés sous une apparence de simplification. D'éminents auteurs

76 Choix critiquable : *cf. infra* n° 48 et s.

77 Contra : G. TAORMINA, Théorie et pratique du droit de la consommation, Aix-en-Provence PUAM, 2004, spéc. n° 94, qui estime que « le droit français n'a jamais envisagé que le consommateur puisse être une personne morale » et que « la jurisprudence tant française que communautaire, a eu à plusieurs reprises l'occasion de se prononcer sur cette question ».

78 Relatif à la reconduction de contrat, dans sa rédaction antérieure à la loi du 03 janv. 2008.

79 Cass. 1re civ., 02 avr. 2009 : pourvoi n° 08-11231, JurisData n° 2009-047838, Contrats conc. consom. 2009, comm. 182 par G. RAYMOND ; JCP G 2009, 238 note G. PAISANT.

80 L. 311-1 du Code de la consommation modifié.

81 Mais pas seulement, *cf.* Art. L. 271-1 Code de la construction et de l'habitation.

ont alerté sur les possibles risques d'une telle harmonisation[82]. Par conséquent, on ne peut que se joindre aux opinions faisant autorité en la matière et déplorer la définition donnée par l'article préliminaire au Code de la consommation laquelle se trouve au mieux inutile et au pire source d'embarras et de zones d'ombres[83].

C – Raisons du refus de la qualification de consommateur aux personnes morales.

39. Le consommateur est historiquement le consommateur final. Pour découvrir les raisons de ce refus, il faut tout d'abord se référer aux origines de la notion de consommateur. Le consommateur est une notion économique. Comme l'a relevé M. Chazal, il est le dernier maillon de la chaîne économique, et ne peut être par conséquent que le consommateur final[84], notion qui exclurait *de facto* les personnes morales. Il ne faudrait alors prendre en compte que la place de l'acteur dans le circuit économique. Or une personne morale, fût-elle à but non-lucratif a une utilité de par son activité et propose, sans le faire forcément dans le secteur marchand, des produits et services de quelque nature que ce soit à des personnes physiques. À retenir une telle définition, il apparaît évident que ces êtres fonctionnels ne sauraient être qualifiés de consommateur. C'est ainsi, que le consommateur français dispose aujourd'hui légalement d'une définition conforme au sens qu'en donne le droit européen, à savoir une personne physique.

40. Une définition unitaire limitée au droit de la consommation. Après de telles développements, que penser de la définition du consommateur au sens de l'article L. 420-5 du Code de commerce incluant des personnes morales ? Il semblerait, compte tenu de la jurisprudence, que ce texte entende par « *consommateur* », outre le consommateur final[85], le non-professionnel comme le suggère Mme

---

82 J. MESTRE, Des notions de consommateur, RTD civ. 1989, p. 62, spéc. p.64.

83 G. PAISANT, Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ?, JCP. G 2013, I, 589 – G. RAYMOND, Définir le consommateur ?, Contrats conc. consom. 2013, rep. n° 9. ; Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, même revue, 2014, dossier 3, spéc. n^{os} 8 et 10 et s.

84 V. not. : J. HÉMARD, Droit de la concurrence et protection du consommateur, Gaz. Pal. 1971, 2, 575 ; L. BIHL, Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal. 1974, 2, 754, spéc. p.756 ; J. -P. CHAZAL, Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, chron. p. 260, spéc. n° 12.

85 Cons. conc., déc. n° 08-D-01, 18 janv. 2008, Contrats conc. consom 2008, comm. 85, obs. D. BOSCO, Le « consommateur » de l'article L. 420-5 du Code de commerce.

Malaurie-Vignal[86]. Usant du critère de la compétence, la première de ces juridictions a définit le consommateur comme la personne morale ou physique « qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis »[87]. D'autres auteurs, comme le Professeur Chazal[88], ont relevé qu'il s'agissait d'une conception trop extensive du consommateur. Assurément, n'ayant pas les mêmes objectifs, les textes de droit de la concurrence ne sauraient avoir la même conception du consommateur que les textes consuméristes.

§ 2 – La qualification autonome de non-professionnel, facteur de protection de la personne morale.

41. La qualification de non-professionnel a suscité des débats quant à son autonomie. Dans les textes, d'abord discutée, elle a fini par s'imposer à la faveur d'infimes aménagements textuels (A). La jurisprudence a finalement également reconnu l'autonomie de cette notion (B).

A – Une autonomie dans les textes.

42. Origine du terme. Le vocable de « *non-professionnel* » et sa juxtaposition à celui de « *consommateur* » a mis plusieurs années à s'affirmer. Un bref rappel historique de l'apparition et de la conservation dans notre droit prohibant les clauses abusives de l'expression « *non-professionnel* » paraît s'imposer. C'est lors de l'adoption de la première loi en matière de clauses abusives[89] que le non-professionnel est apparu au côté du consommateur. Les deux chambres du Parlement ne pouvant se résoudre à voter un texte identique utilisant l'une ou l'autre des expressions, la formulation ajoutant les deux termes a été obtenue par

86 M. MALAURIE-VIGNAL obs. sous CA Paris, 1re Ch. H, 03 juil. 1998 ; Contrats conc. consom. 1998, comm. 131 ; LPA 28 juin 1999 n°127 p. 4, Chronique n° III (15 juin 1998 - 31 décembre 1998) (suite et fin).

87 CA Paris, décision précitée.

88 J.-P. CHAZAL note sous même arrêt : D. 1999, p. 249.

89 Loi n° 78-23 du 10 janv. 1978.

la réunion d'une Commission mixte paritaire. Le texte qui en est résulté était alors relatif aux « *contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs* ». La controverse sur l'utilisation du terme s'est poursuivie, certains importants auteurs estimant qu'il était nécessaire de le « biffer »[90], l'adjonction de ce terme au côté du consommateur relevant d'une malheureuse redondance[91]. Ceux-ci se fondent sur une acception minimale de la protection consumériste qui ne devrait bénéficier qu'aux personnes qui contractent hors du cadre de leur activité professionnelle[92].

43. Émancipation de la qualification de non-professionnel de celle de consommateur. Cette controverse et cette imprécision n'ont pas empêché le législateur de maintenir le terme de « *non-professionnel* » dans la loi du 1er février 1995[93] bien qu'il soit absent de la directive de 1993. Allant plus loin que le simple maintien de ce vocable, il a établi par sa reformulation de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, une véritable distinction entre le non-professionnel et le consommateur. En effet, comme certains l'ont souligné, les clauses abusives sont celles qui créent un déséquilibre significatif au détriment « *du* » non-professionnel ou « *du* » consommateur[94]. Les rapports des deux chambres législatives définissaient le non-professionnel, outre le cas du professionnel agissant pour ses besoins personnels, comme le professionnel contractant dans le cadre de son activité professionnelle, mais hors de sa spécialité[95]. Cela correspond donc la seconde conception du non-professionnel[96].

---

90 J. CALAIS-AULOY, *in* Les Contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Créteil, ENAJ, 1978 p. 259.

91 J-P. CHAZAL, De la puissance économique en droit des obligations, thèse Grenoble II, n° 117 et s.; J-P. CHAZAL, Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, chron., p. 260.

92 J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2003, n° 10 ; Ph. MALINVAUD, La protection des consommateurs, D. 1981, chron. p. 49.

93 Loi n° 95-96 du 1er février 1995.

94 G. PAISANT, La protection par le droit de la consommation, *in* Les clauses abusives entre professionnels, coll. Études juridiques, ss dir. de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Paris, Economica, 1998, p. 17.

95 Rapp. FOREST, Doc. Sén. n° 64, 1re sess. ord. 1994-95, p. 26 ; Rapp. CHARIÉ, Doc. Ass. Nat, n° 1775, 10° lég., p.12.

96 J. BEAUCHARD, Remarques sur le Code de la consommation, Écrits en hommage à Cornu G., 1995, p. 9 ; G. BERLIOZ, *Droit de la consommation et droit des contrats*, JCP G 1979, I, n° 2954 ; O. CARMET, Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, RTD Com. 1982, p. 9 ; D. CAS et D. FERRIER, Traité de la consommation, PUF, 1986, n° 8 ; J. MESTRE, obs. sous Cass. 1re civ., 28 avr. 1987, RTD civ. 1987, p. 537 ;

44. Émancipation confirmée. Cette même autonomie peut être constatée dans les dernières versions des textes régissant les contrats de services de communications électroniques[97] et la reconduction de contrats[98]. Il convient de remarquer que l'ensemble des sections du Code de la consommation contenant les articles L. 121-85 et L. 136-1 du même code sont applicables « ***aux*** *non-professionnels et* ***aux*** *consommateurs* »[99]. Il semble par conséquent que la dissociation des notions de consommateur et de non-professionnel connaisse actuellement un essor certain.

B – L'autonomie jurisprudentielle de la qualification de non-professionnel au service de la protection des personnes morales.

45. Indices de l'autonomie dans les décisions au fond. En revanche des traces de cette autonomie sont perceptibles dans certaines décisions des juges du fond. Sans aucun doute, la plus visible est bien plus qu'un indice. Il s'agit de la véritable qualification de non-professionnel opérée par la Cour d'appel de Chambéry dans son arrêt du 24 septembre 2002[100] à l'égard d'une association qui avait conclu un contrat de télésurveillance. Précédemment, la Cour d'appel de Paris en avait donné une définition. Selon elle, le non-professionnel pouvait être « *une personne physique ou morale achetant ou louant un bien destiné aux besoins de sa profession mais ne relevant pas de son activité professionnelle* »[101]. Enfin, mais concernant une personne physique cette fois, la Cour d'appel de Nancy, le 10 mai 2000[102] a estimé que l'article L. 132-1 du Code de la consommation était applicable à une commerçante contractant hors de son activité habituelle. En effet, pour la Cour de Nancy, cet article ne doit être écarté pour les contrats conclus

---

G. PAISANT, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi su 1er février 1995, D. 1995, chron. p. 101.

97 Art. L. 121-85 du Code de la consommation.

98 Art. L. 136-1 alinéa 4 du Code de la consommation, modifié par la loi n° 2008-3 du 03 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

99 Il ressort des travaux préparatoires du Sénat que la qualification de non-professionnel doive être distinguée de celle de consommateur en ce qu'il a été proposé par voie d'amendement de l'étendre à celui qui agit à des fins professionnelles. cf. Rapport n° 111 (2007-2008) de M. Gérard CORNU, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 05 décembre 2007.

100 CA Chambéry Ch. Civ., 24 septembre 2002, JurisData n° 199537.

101 CA Paris, 5ème Ch., section B, 04 juil. 1996, JurisData : n° 022075.

102 CA Nancy, 2ème Ch. com., 10 mai 2000, JurisData : n° 139561.

entre deux professionnels pour les besoins de leur activité, que si leurs activités ne sont pas étrangères l'une à l'autre, « ni spécifiques et spéciales chacune à leur domaine et ne place pas le cocontractant dans une position identique à celle du consommateur ». Cependant, à notre sens, ces indices d'une dissociation des notions de consommateur et de non-professionnel ne peuvent pas être mis pleinement en perspective avec l'arrêt du 15 mars 2005. En effet, ces décisions du second degré ont toutes les trois été rendues par application d'un autre critère que celui du rapport direct tel qu'entendu par la Cour de cassation. La Cour de Chambéry a utilisé une comparaison entre l'objet du contrat conclu et l'objet de l'activité de l'association, tandis que les Cours de Paris et Nancy ont eu recours au critère de la compétence, lequel a été dans les deux cas sous-entendu. Ainsi, ces décisions ne sauraient être considérées autrement que comme des indices de l'autonomie du non-professionnel et la compatibilité avec l'arrêt de 2005 ne serait que très partielle.

46. Autonomie devant la Cour de cassation et extension de la protection des personnes morales. Jusqu'à cet arrêt du 15 mars 2005, l'autonomie de la notion de non-professionnel par rapport à celle de consommateur n'était pas retenue par les juges du droit. Pour preuve, en dépit du seul emploi à l'article L. 111-1 du Code de la consommation du terme de « consommateur », un arrêt antérieur de quinze jours ne permettait pas d'envisager une telle émancipation. Dans cette espèce, les hauts magistrats ont ouvertement fait la confusion en qualifiant l'acheteur de non-professionnel[103]. L'arrêt du 15 mars 2005 a définitivement fait de la notion de non-professionnel une qualification à part entière. Il l'a en outre ouverte aux personnes morales. Cette décision a été confirmée à propos de l'article L. 136-1 du Code de la consommation qui fait, comme l'article L. 132-1 de ce Code, référence au non-professionnel. Par arrêt du 23 juin 2011, la première chambre civile a prononcé une cassation rendant ainsi applicable l'article L. 136-1 aux personnes morales au motif que celles-ci « ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels »[104]. Ainsi, l'autonomie de la qualification de

103 Cass. 1re civ., 1er mars 2005, JCP G 2005, II, 10164, note E. BAZIN.

104 Cass. 1re civ., 23 juin 2011 : pourvoi n° 10-30.645 ; JurisData n° 2011-012279 ; P. Lemay, JCP E 2011, p. 1660 ; G. RAYMOND, Contrats conc. consom. 2011, comm. n° 226 ; G.

non-professionnel semble être au service de la protection des personnes morales par certains textes consuméristes dans la jurisprudence de la première chambre civile. Cette impression est confirmée par la troisième chambre civile laquelle a également admis que la qualification de non-professionnel pouvait être appliquée aux personnes morales. Cette chambre a confirmé une décision d'appel qui avait refusé à une société le bénéfice du délai de rétractation dans les contrats immobiliers à l'égard de l'acquéreur non-professionnel prévu à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation au motif que « l'objet social de la société (…) était l'acquisition, l'administration et la gestion par location ou autrement de tous immeubles et biens immobiliers meublés et aménagés et relevé que l'acte avait un rapport direct avec cet objet social »[105]. L'utilisation du critère du rapport direct démontre que la qualification de non-professionnel est unifiée et permet d'envisager une protection des personnes morales.

Conclusion du chapitre I.

47. Nous avons vu que la personnalité morale est indifférente à la possible protection de ces sujets de droit « éthérés ». Par ailleurs, les juges, soumis à des contraintes d'ordre supranationales et internes, en ont été réduits d'une part à refuser la qualification de consommateur aux personnes morales et d'autre part à en émanciper la notion de non-professionnel, désormais seule apte à procurer une protection à ces personnes. Ainsi, la protection des personnes morales par certaines dispositions d'inspiration consuméristes ne fait, dans son principe

PAISANT, JCP G 2011, 1080 ; S. TISSEYRE, Paradoxes autour de la notion de non-professionnel, D. 2011, p. 2245. Cet arrêt dit pour droit que « les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels ».

105 Cass. civ. 3ème 24 oct. 2012 : pourvoi n° 11-18774 : JCP G 2012, 1401 note L. LEVENEUR, également parue JCP E 2012, 1761 et Contrats conc. consom. 2013, comm. 3 ; D. 2013, p. 280, obs. Ch. BLANCHARD ; AJDI 2012 p. 809, note N. DAMAS ; AJDI 2013, p. 374, obs. F. COHET-CORDEY ; S. BECQUÉ-ICKOWICZ et D. SAVOURÉ : Acquisition par une société civile immobilière et faculté de rétractation, Defrénois, 2013, p. 175.

aujourd'hui plus aucun doute, à tel point qu'on constate actuellement un certain essor de l'application de la qualification de non-professionnel aux êtres moraux. Néanmoins, encore faut-il qu'un critère soit utilisable pour cela, car le processus de qualification ne saurait s'en priver.

Chapitre II

Le critère finaliste, une conception discutable du rapport direct avec l'activité professionnelle.

48. Un problème de définition. Définir le domaine d'application du droit de la consommation se révèle être une gageure. Comme souvent en droit français, les qualifications juridiques de ce droit n'ont pas été définies par le législateur. Cela c'est produit pour le texte issu originellement de la loi du 10 janvier 1978 relative aux clauses abusives. Ce dernier ne donnait aucune définition du non-professionnel ou consommateur. Cet impair est aujourd'hui réparé à l'égard du consommateur, mais à son égard seulement[106]. Le domaine d'application de l'article 35 de cette loi a été déterminé par rapport au contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel. Semblant avoir été plus intéressé à définir le domaine d'application relativement à la qualité des contractants, qu'à faire œuvre de précision, le législateur a omis de définir les

106 *Cf.* article préliminaire du Code de la consommation.

critères permettant de déterminer les parties à ces contrats. Ainsi il est revenu aux juridictions de définir concrètement les contours du texte. La notion de non-professionnel ou consommateur était sujette à controverse et pouvait s'entendre soit de manière restrictive, n'incluant que le « consommateur final, utilisateur de biens et de services destinés à son usage personnel »[107], soit de manière élargie en s'étendant au non-professionnel agissant hors de sa spécialité, les magistrats ont été contraints de poser des critères, parfois *contra legem*[108].

49. Petite histoire du critère de la compétence. Avant que le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle ne soit adopté, un premier critère a eu les faveurs de la jurisprudence et d'une partie de la doctrine au moins en matière de clauses abusives : le critère de la compétence. Dans une compréhension protectrice du droit de la consommation, le consommateur ou non-professionnel s'entendait par opposition au professionnel. Il était considéré qu'il existait entre eux une disparité informationnelle. Le professionnel disposant des informations et du pouvoir de transmettre à ces cocontractants les informations que bon lui semblaient se trouvait face à un consommateur considéré comme ignorant et incompétent. Pour cette raison, dans un arrêt du 15 avril 1982, la Cour de cassation a fait application de ce critère alors que le texte relatif au démarchage à domicile excluait expressément les contrats conclus pour les besoins de l'activité professionnelle, en l'espèce un agriculteur[109]. Cinq années plus tard, la première chambre civile a fait usage du critère de la compétence professionnelle pour déterminer le champ d'application de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978[110]. Par ce critère, les juridictions ont pu octroyer la protection contre les clauses abusives non plus seulement aux consommateurs mais également aux professionnels agissant hors de leur spécialité et se trouvant en cela « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »[111]. Par la suite, la Cour de

107 J. -P. PIZZIO, L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982 p. 93.

108 Les lois sur le démarchage à domicile, n° 72-1137 du 22 décembre 1972 art. 8-I-e et sur le crédit à la consommation n° 78-22 du 10 janvier 1978, art 3 faisaient à l'origine référence à la finalité de l'acte.

109 Cass. 1re civ. 15 avr. 1982, Bull. civ. I n° 133, p. 118 ; D. 1984 p. 439, note J. -P. PIZZIO.

110 Cass. 1re civ. 28 avr. 1987, D. 1987, somm. p. 455 obs. J. -L. AUBERT ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. MESTRE.

111 *Idem.* Relatif à une société d'agence immobilière.

cassation a été semble-t-il prise d'une irrépressible tentation unificatrice de la qualification de consommateur et de son critère[112] puisqu'elle a, par arrêt en date du 25 mai 1992[113], étendu ce critère à d'autres protections consuméristes qui écartaient pourtant les contrats conclus pour les besoins d'une activité professionnelle[114]. Cette conception subjective du consommateur présente l'avantage d'être en harmonie avec l'objectif de protection du droit de la consommation mais elle est également source d'incertitudes et de difficultés. Une première peut être le niveau de compétence exigé pour exclure une personne du bénéfice des protections[115]. Certains ont pu relever une jurisprudence « un peu déroutante » et y déceler de nombreuses divergences, mais une tendance générale à l'assimilation du professionnel agissant hors de sa spécialité[116]. D'autres ont fait valoir que le critère de la compétence ne permettait pas de prendre en considération la disparité de puissance économique entre les cocontractants[117], car il existe « des professionnels de toutes sortes »[118] et de toutes conditions. La protection accordée sur le fondement de la compétence du contractant était incapable « d'instaurer une protection complète et adéquate »[119] permettant de replacer deux contractants de puissance économique différente mais de même spécialité sur une relative égalité juridique.

50. Impossibilité d'une définition de la compétence pour les personnes morales. Si l'on retient une conception large du consommateur au point d'y prendre en considération, en l'y assimilant ou non, le non-professionnel, nul doute que des personnes morales pourraient prétendre à bénéficier des protections offertes par le droit de la consommation. Cependant, il semble pour le moins

112 Certains ont mis en garde contre cette tentation : J. MESTRE, RTD civ., 1989 p. 62.

113 *Cf. supra* note subpaginale n° 32.

114 Loi du 10 janvier 1978 et art. 8 Loi du 22 décembre 1972, il est intéressant de remarquer qu'en ce qui concerne le démarchage à domicile, l'introduction du critère du rapport direct n'a eu lieu que par la loi Doubin du 31 décembre 1989 art. 15.

115 J. JULIEN, Droit de la consommation et surendettement, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, spéc. n° 15 p. 27.

116 J. -P. PIZZIO, Code de la consommation commenté, 2ème éd., Paris Montchrestien, 1996, spéc. n° 105 p. 65.

117 J. MESTRE, RTD civ. 1987, p. 537.

118 M. LUBY, « Sommes-nous tous des consommateurs? », Dr. et patr. 2002, 108 Dossier Protection du consommateur dans l'espace européen.

119 J. -P. CHAZAL, Le consommateur existe-t-il ? D. 1997, p. 260, spéc. n° 7.

difficile de déterminer ce que serait la compétence d'une personne morale sauf à considérer que celle-ci jouisse des compétences de ces membres, dirigeants ou personnels salariés.

51. En 1995, cette conception subjective du consommateur a été abandonnée au profit d'une conception se voulant objective. Le critère de qualification est donc passé de l'incompétence du contractant au rapport direct de l'acte avec son activité professionnelle. On pourrait penser ce critère serait fragilisé par la disparition de son fondement apparent et le nouvel article préliminaire du Code de la consommation, lequel s'adresse à « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. ». Pourtant il semble qu'il n'en ira pas ainsi.[120] En premier lieu, on peut constater que cette définition du consommateur ou certaines très semblables étaient déjà incluses dans plusieurs directives européennes[121]. En second lieu, ce texte prend clairement partie pour une conception finaliste de la distinction entre le professionnel et sa contrepartie. En troisième lieu, en l'absence de décision de la Cour de cassation sur le critère et donc de formulations diverses, les juges du fond vont sans doute adjoindre la formule légale à celle du

120 G. RAYMOND, Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, Contrats conc. consomm, 2014, dossier n° 3, spéc. n° 8 ; contra. : C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, D. 2014 p. 879, spéc. n° 5.

121 Par exemple : art. 2 b), Dir. 93/13/CEE du Conseil, du 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Journal officiel n° L 095 du 21 avr. 1993 p. 0029 (modifiée à la marge par la directive du 25 octobre 2011 mentionnée ci-après) – art. 1-2, Dir. 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation Journal officiel n° L 171 du 07 juillet 1999 p. 12 (modifiée à la marge par la directive du 25 octobre 2011 mentionnée ci-après) – art. 2 e), Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 08 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») Journal Officiel n° L 178 du 17 juillet 2000 p. 1 – art. 3 a), Dir. 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, Journal officiel n° L 133 du 22/05/2008 p. 0066 – 0092 reprenant l'art. 1 2a) de la Dir. 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation Journal officiel L 42 du 12/02/1987, p. 48 – art. 2 1), Dir. 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Dir. 93/13/CEE du Conseil et la Dir. 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Dir. 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Journal officiel n° L 304 du 22/11/2011 p. 64.

rapport direct avec l'activité professionnelle. Bien qu'en danger tout relatif, il apparaît néanmoins que critère s'avère critiquable. Ce critère est en effet déroutant quant à son choix mais également quant aux doutes sur son achèvement (Section I). De plus, la conception finaliste généralement admise et adoptée en jurisprudence semble être un véritable obstacle à l'application de la qualification de non-professionnel aux personnes morales (Section II).

Section I
Le rapport direct avec l'activité professionnelle, un critère déroutant.

52. Par arrêt en date du 24 janvier 1995 relatif à la protection contre les clauses abusives[122], la première chambre civile s'est tournée vers le critère plus objectif du rapport direct de l'acte avec l'activité professionnelle du contractant. La Cour relève en l'espèce que l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne s'applique pas « aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant ». Il s'agit d'une position bien affirmée aujourd'hui et réitérée maintes fois depuis cet arrêt et qui aboutit invariablement à l'exclusion du professionnel du bénéfice de la protection. La chambre commerciale s'est ralliée à la position de la première chambre[123]. Il apparaît cependant que ce critère finaliste est doublement critiquable, d'une part quant à son choix proprement dit (§1) mais pas seulement. Ce critère s'avère être difficile à appréhender (§2).

122 Cass. 1re civ. 24 janv. 1995 : pourvoi n° 92-18.227, Contrats conc. consom. 1995, comm. n° 84 par L. LEVENEUR ; D. 1995, jur. p. 327, note G. PAISANT ; D 1995, somm. p. 229, obs. Ph DELEBECQUE ; D. 1995, somm. p. 310, obs. J. -P. PIZZIO

123 Cass. com. 14 mars 2000, BRDA 2000, n° 8, p. 10

§ 1 – Incohérence du choix du critère.

53. Le choix du critère s'avère étrange sous deux aspects. Le premier est la référence aux textes relatifs au démarchage à domicile (A). La seconde étrangeté relève du choix d'une conception qui se veut objective alors que dans certaines protections fondées sur le droit commun, la haute juridiction adopte une démarche pragmatique, éloignée de toute volonté de rationalisation des diverses protections. (B)

A – La référence douteuse aux textes abrogés relatifs au démarchage à domicile.

54. Origine apparente de la conception finaliste du critère du rapport direct. Pour déterminer si une personne, fût-elle morale, peut bénéficier de la prohibition des clauses abusives, le choix de la Cour de cassation s'est porté sur le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle. En matière de clauses abusives, le rapport direct avec l'activité professionnelle a été posé comme obstacle à la protection par l'arrêt précité du 24 janvier 1995, lequel constituait déjà la reprise d'un arrêt de rejet de 1992[124]. Par cette décision, la Cour de cassation paraît avoir « importé » le rapport direct avec l'activité professionnelle des textes sur le démarchage à domicile. Certes, la notion de rapport direct a été introduite à l'occasion de la transposition de la directive de 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux par la loi Doubin du 31 décembre 1989 modifiant la loi de 1972[125]. Mais le problème est que la filiation de ce critère avec ce qui était devenu l'article L. 121-22 du Code de la consommation, avant sa suppression par la loi du 17 mars 2014 n'est pas aussi claire qu'il y paraît. À notre sens, l'interprétation qu'en a fait la Cour de cassation n'apparaissait fidèle ni à la lettre du 4° de cet article, aujourd'hui abrogé, d'où le critère finaliste semble provenir, ni à l'esprit de ce texte.

55. Infidélité à la lettre du texte supposément d'origine. Une analyse

124 *Cf. supra* note subpaginale n° 32.
125 Art. 15 loi n° 89-1008 du 31 déc. 1989.

séquentielle de cet alinéa s'impose. Il était ainsi conçu : il contenait en premier lieu une exclusion *ratione materiæ* eu égard à la nature de l'objet du contrat et de certains contrats pour les biens[126]. Ensuite venait le constat factuel du rapport direct, ce qui semblait induire une certaine proximité avec l'activité[127], puis la référence à l'activité réellement exercée, l'activité concrète, ce que confirmait plus loin l'utilisation du terme « *exploitation* »[128]. Enfin, il contenait une référence au but, au mobile professionnel... à moins qu'il ne fût ici question de contexte, de cadre professionnel[129] ce qui n'est pas exactement la même chose, le premier faisant référence aux motifs ayant déterminés la passation de l'acte, le second semblant plutôt s'en tenir à une analyse purement contextuelle qui seule nous paraîtrait véritablement objective. Il peut donc en être déduit que devaient être exclus certains contrats directement en rapport avec les activités réellement exercées dans un but ou un contexte professionnel. Or la formulation courante du critère du rapport direct par la Cour de cassation est totalement différente et se trouve même grandement raccourcie tant en matière de démarchage qu'en matière de clauses abusives puisqu'elle ne retient que le mobile objectivé[130]. Ainsi, la filiation entre le critère du rapport direct et les dispositions sur le démarchage à domicile est peut-être finalement moins directe qu'il n'y paraît.

56. Un choix en contradiction avec la *ratio legis* des textes passés. Ces deux critiques sont appuyées par le vote de la réforme Doubin sur le démarchage. Le texte originel de 1972 avait été jugé trop rigoureux en ce qu'il excluait la protection en matière de démarchage lorsque le contrat avait été passé pour les besoins d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession. Les professionnels étaient par conséquent exclus pour les actes en lien[131] avec leur profession. Il a par conséquent été réformé pour introduire l'expression de « rapport direct » qui avait alors vocation à élargir la protection à

126 « L*es ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services (...) »*
127 « *(…) lorsqu'elles ont un rapport direct (...) »*
128 « *(...)avec les activités exercées (…) exploitation (...) »*
129 « *(…) dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession.* »
130 *Cf. infra* n° 96.
131 Sans précision de leur caractère direct ou non.

certains professionnels personnes physiques, artisans, agriculteurs ou commerçants, qui peuvent se trouver dans la même situation de faiblesse que les consommateurs lorsque le contrat passé se trouvait éloigné des activités professionnelles exercées[132]. Comme le relève Mme Sauphanor, l'intention du législateur était d'élargir la protection relative aux actes de démarchage « à certaines opérations conclues à l'occasion de l'activité professionnelle, ce qui englobe *a fortiori* certains actes de commerce »[133]. Dans son fondement textuel révolu, le critère du rapport direct paraissait donc inclure dans le champ des dispositions protectrices les contrats passés certes pour les besoins de l'activité professionnelle mais qui y étaient seulement utiles et ne faisaient pas partie des contrats de l'activité professionnelle proprement dite. Il convient d'ajouter que cette idée a également présidé au maintien dans la loi du 1er février 1995 de la notion de non-professionnel puisque dans son rapport, M. Charié a défini le non-professionnel comme le professionnel contractant dans le cadre de son activité mais hors de sa spécialité[134].

57. L'extension douteuse du champ d'application *ratione personnæ*. Néanmoins, une chose est plus dérangeante que l'analyse textuelle et défie la logique. Comment en effet ne pas rester perplexe face à l'utilisation par la Cour de cassation, à l'occasion d'une espèce concernant une clause jugée comme abusive dans un contrat conclu entre personnes morales, d'un critère dont l'origine se trouve dans un texte réservé aux personnes physiques ? Pourquoi avoir étendu ce critère à un texte au champ d'application plus large et dont on sait depuis 1987 qu'il peut s'appliquer aux personnes morales ?

58. La tentation passée d'une conception unitaire de la notion de consommateur est aujourd'hui réalité. Il semble que la première chambre civile ait recherché une certaine cohérence au champ d'application du droit de la consommation que la codification à droit constant opérée en 1993 n'avait pas pour

---

132 Rép. quest. écrite n° 9907, 20 févr. 1989, JOAN [Q], 09 avr. 1990, p. 1663, cité par G. RAYMOND, obs. sous CA Paris, 31 mai 1991, Contrats. conc. consomm. 1992, n° 43 p. 23.

133 N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse, Paris, bibliothèque de droit privé, t. 326, LGDJ, 2000. spéc. n° 138 p. 92 et 93.

134 Rapp. CHARIÉ, Doc. Ass. Nat, n° 1775, 10° lég., p.12.

but d'apporter. Ce procédé de codification n'est pas censé engendrer de modifications aux textes compilés et en l'occurrence, les diverses dispositions protégeant le consommateur avaient des champs d'application différents. Dès 1989, le Doyen Mestre[135] mettait en garde contre cette recherche d'une définition unitaire du consommateur, chacun des textes le protégeant ayant un objectif particulier. Dès lors, se pose la question de la légitimité de cette recherche de cohérence entre les concepts utilisés dans les normes consuméristes nationales. La seule raison permettant de l'expliquer semble être une fois de plus la conception unitaire que le droit communautaire se fait du consommateur. Cette référence n'était par conséquent que cosmétique. La tentation unitaire est aujourd'hui devenue réalité avec l'insertion par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation d'un article préliminaire au Code de la consommation.

59. D'autres difficultés dont, l'absence de définitions des termes s'ajoutent au caractère contestable du choix du critère qui est en définitive difficile à saisir.

B – La qualité d'emprunteur averti ou l'abandon d'un critère objectif.

60. Précision liminaire. L'obligation de mise en garde mise à la charge des banques a été qualifiée comme étant l'une des plus belles créations prétoriennes de ces dernières années[136]. Cependant, ce n'est pas l'avènement de cette nouvelle obligation ni son contenu qui va nous retenir en ces quelques lignes, mais le critère permettant de déterminer si le prêteur professionnel doit ou non se soumettre à cette obligation.

61. Fin de l'usage d'un critère objectivé. L'obligation de mise en garde, nouveau pallier dans les devoirs des établissements dispensateurs de crédits entre l'obligation d'information et le devoir de conseil[137], voire obligation de conseil

135 J. MESTRE, *Des notions de consommateur*, RTD civ., 1989, p. 62.

136 D. LEGEAIS, note sous Cass. 1re civ. 17 déc. 2009 : pourvoi n° 08-12.783, JCP E 2010, 1068.

137 N. BOURDALLÉ, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier, Banque et Droit 2006, n° 107, p. 17.

renforcée[138] ou obligation incorporée à l'obligation de conseil[139], a été en premier lieu subordonnée à l'application d'un critère finaliste, objectivé[140]. Ce courant jurisprudentiel et doctrinal ne voyait dans la dichotomie emprunteur profane et averti rien d'autre, selon l'expression de M. Mekki, qu'« un décalque de la distinction entre consommateur et professionnel »[141]. Cependant, cette vision a été infirmée notamment par deux arrêts rendus en chambre mixte le 29 juin 2007[142]. Ayant suscité nombre de commentaires et d'études, ces décisions ont mis fin à l'analyse *in abstracto* de la situation prévalant déjà en droit de la consommation pour s'orienter vers une approche *in concreto* de droit commun. Ces deux affaires ont été l'occasion pour la chambre mixte de poser le principe selon lequel « les emprunteurs professionnels ont le droit, comme les emprunteurs non professionnels d'être mis en garde »[143]. En conséquence, la qualification d'emprunteur non-averti, préalable intellectuel à la recherche de l'existence de l'obligation de mise en garde de l'établissement bancaire[144] doit être déduite d'un faisceau d'indices et ne saurait résulter ni de la seule fin de l'opération, ni de la seule qualité de professionnel de l'emprunteur. Pour reprendre les propos du

138 S. PIEDELIÈVRE, note sous Cass. com. 03 mai 2006, Gaz. Pal. 2006, 1925.

139 J. DANIEL, Le devoir de mise en garde du banquier, LPA, 18 mars 2008 n° 35 p. 5, spéc. n° 9.

140 V. notamment : Cass. com. 04 juil. 2006, JurisData n° 2006-034460, Bull. civ. 2006 IV n° 157 – Cass. com. 13 fév. 2007, JurisData n° 2007-037362.

141 M. MEKKI, La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, RD banc. et fin. 2007, dossier n° 27. Sur l'assimilation entre emprunteur profane et consommateur : V. G. RAYMOND note sous Cass. 1re civ. 12 juil. 2006, JurisData n° 2006-064745, Contrats conc. consom. 2007 comm. 38.

142 Cass. Ch. mixte 29 juin 2007 pourvois n° 05-21.104 et 06-11.673 ; JurisData n° 2007-039908 et 2007-039909. Pour ne citer que quelques commentaires et études : V. AVENA-ROBARDET, Obligation de mise en garde : « client non averti » et « client non-professionnel » ne sont pas synonymes, D. 2007 act. p. 1950 ; G. RAYMOND, Le droit de la consommation serait-il contagieux ?, Contrats conc. consom. 2007, comm. 268 ; F. J. CRÉDOT et Th. SAMIN, RD banc. et fin. 2007, comm. 174 ; C. HOUIN-BRESSAND, Bilan de la jurisprudence du banquier dispensateur de crédit, RD banc. et fin. 2007, étude 23 ; M. MEKKI, La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, préc ; D. VALETTE, Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?, RD banc. et fin. 2007, dossier 29 ; H. GUYADER, Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non-averti, Contrats conc. consom. 2008, étude 3. Confirmation de la solution quelques mois plus tard : Cass. com. 11 déc. 2007 : pourvois n° 03-20747 et 05-21234, RD banc. et fin. 2008, comm. n° 7, obs. D. LEGEAIS.

143 J. DANIEL, Le devoir de mise en garde du banquier, préc.

144 A. LE GOFF, Contenu de l'obligation de mise en garde à la charge du banquier prêteur et notion de crédit excessif, JCP E 2007 p. 1079 ; Th. FAVARIO, Les contours du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti, RD banc. et fin. 2010, étude 12.

professeur Mekki, « la capacité financière présente et raisonnablement prévisible doit être prise en compte. La situation socio-professionnelle est également un référent utile (...). La capacité intellectuelle, par profession, expérience et/ou classe sociale semble donc la plus déterminante »[145]. On peut citer pour exemple le cas d'un médecin associé d'un cabinet de radiologie ayant acquis la totalité des parts dudit cabinet au moyen de divers emprunts. La chambre commerciale l'a qualifié d'emprunteur averti du seul fait qu'il était « médecin spécialiste de haut niveau » qu'ainsi il « ne pouvait ignorer les risques inhérents aux opérations dont il prenait l'initiative, qu'il avait l'expérience d'un premier emprunt contracté trois ans plus tôt et qu'il était le mieux placé pour apprécier les perspectives de développement de son activité professionnelle et par voie de conséquence l'évolution de ses facultés de remboursement »[146]. On notera que l'activité professionnelle, en tant qu'indice parmi d'autres, n'est pas forcément l'activité exercée au moment de la conclusion du contrat, elle peut en effet être passée[147].

62. Possibilité de protection de certains professionnels et des personnes morales. Certes, certains ont relevé que la chambre mixte n'était pas allée dans le sens d'une cohérence globale de notre droit des contrats[148]. Cependant, cette « incohérence » imposant une analyse subjective de la situation de l'emprunteur pallie les injustices nées de l'appréciation objective du critère d'application du droit de la consommation en matière de crédits[149]. Ainsi, à n'en pas douter, le professionnel « primo-créateur » de son entreprise pourra envisager une réparation de son préjudice sur le fondement de cette obligation, ce qu'un critère finaliste n'aurait pu lui accorder[150]. De même, comme le relève le Professeur

145 M. MEKKI, La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, préc.

146 Cass. com. 26 mai 2010 : pourvoi n° 08-10274 inédit.

147 Pour un ancien comptable devenu gérant de SARL et qualifié d'emprunteur averti : Cass. com 08 janv. 2008 : pourvoi n° 06-17659, JurisData n° 2008-042244, R. ROUTIER in Chronique de droit bancaire, JCP E 2008, p. 2461, spéc. n° 12 ; JCP G 2008, II, 10055, note A. GOURIO.

148 J. DANIEL, Le devoir de mise en garde du banquier, préc.

149 N. AZDDOU, L'emprunteur averti en matière bancaire, LPA 2010 n° 22 p. 9

150 D. VALETTE, Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?, préc. ce que confirme la chambre commerciale : Cass. com. 11 déc. 2007 : pourvoi n° 05-21234.

Routier, le professionnel, emprunteur non-averti pourra être une entreprise individuelle quelle qu'en soit le domaine ou même une personne morale mais seulement « dès lors qu'il s'agit d'une petite entreprise ». Il apparaît logiquement peu probable qu'une moyenne ou grande entreprise puisse se prévaloir de cette qualité[151]. De la même manière, une personne morale ne saura *a priori* être qualifiée d'emprunteur averti. Son activité professionnelle pourra parfaitement n'être qu'un indice parmi d'autres de la qualification d'emprunteur non-averti car l'activité professionnelle qui aujourd'hui semble compter est celle des dirigeants[152].

63. Il résulte de ces développements qu'en lui-même le choix du critère finaliste apparaît contestable d'une part parce qu'il est initialement applicable aux seules personnes physiques et d'autre part parce que la conception objectivée qui en est retenue a été abandonnée dans d'autres domaines. Ces difficultés peuvent également résulter de son appréhension malaisée.

§ 2 – Un critère d'appréhension malaisée.

64. L'incohérence portant sur le choix du critère n'est pas la seule à pouvoir être relevée car l'appréciation du critère a été laissée trop tôt au juges du fond (A) qui n'ont pour seul outil de référence qu'une définition partielle du critère, sans sous-critères (B).

A – Le flou relativement à l'appréciation du critère.

65. Contrôle de la Cour de cassation. Le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle a d'abord été considéré comme une question de droit, la Cour de cassation exerçant son contrôle sur les décisions des juges du fond[153]. Une telle

151 R. ROUTIER, Obligations et responsabilités du banquier, Dalloz, 2ème éd. 2008, spéc. n° 362-50 et s.

152 Cass. com., 08 janv. 2008, préc. – Cass. com., 22 mai 2013, pourvoi nº 11-20398, B. DONDERO, La société, emprunteur averti lorsque son dirigeant l'est, Gaz. Pal. 2013 n° 260, p. 16 et s.

153 X. HENRY, Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité, D. 2003, chron. p. 2257. spéc. n° 6.

démarche aurait pu aboutir à une définition des termes du critère, laquelle aurait pu être approuvée ou combattue par la suite. Mais malheureusement, la clarté n'est semble-t-il plus une préoccupation majeure de l'ensemble des formations de la Haute juridiction.

66. Appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, la première chambre civile considère depuis plus de quinze ans en matière de démarchage, plus récemment pour les clauses abusives, que le critère relève dans toutes ses composantes de l'appréciation souveraine des juges du fond[154], bien que d'autres décisions aient pu laisser supposer un abandon de cette position[155]. Cette chambre n'est cependant pas la seule, puisque la chambre criminelle a également abandonné l'appréciation du rapport direct aux juges du fond[156].

67. Doutes sur le contrôle par la chambre commerciale. Il y a peu, il ne faisait aucun doute que la chambre commerciale maintenait son contrôle sur l'appréciation du critère[157]. Cependant rien n'est moins sûr car une évolution de la

---

154 En matière de démarchage : Cass. 1re civ., 17 juil. 1996, Bull. civ. I, n° 331 ; JCP 1996, II, 22747, note G. PAISANT ; Defrénois 1997, p. 346, obs. J.-L. AUBERT – 18 mars 1997 : pourvoi n° 94-20.956 ; RJDA 1997/6, n° 850 – 29 mai 1997 : pourvoi n° 95-18.924 – 1er déc. 1998, Bull. civ. I, n° 339 ; D. 2000, somm. p. 39, obs. J.-P. PIZZIO ; D. Aff. 1999, p. 117, obs. C. R. – 1er févr. 2000 : pourvoi n° 97-22.157 – 10 juil. 2001, Bull. civ. I, n° 209 ; JCP 2002, I, 148, n° 1 s., obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; D. 2002, somm. p. 932, obs. O. TOURNAFOND ; RTD civ. 2001, p. 873, obs. J. MESTRE et B. FAGES – 08 juil. 2003, JurisData n° 2003-0201240, JCP G 2004 I, 123, obs. A. CONSTANTIN, J. GHESTIN, G. LOISEAU, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et Y.-M. SERINET – 08 juil. 2003 : pourvoi n° 02-10518. En matière de clauses abusives : Cass. 1re civ. 22 mai 2002 Bull. civ. I n° 143, également annexé à l'étude de G. PAISANT : À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion de l'application du critère du « rapport direct », JCP G 2003, I, 121 – 27 sept. 2005, JurisData n° 2005-029908, D. 2006, n° 3, jur., p. 238, note Y. PICOD ; Contrats conc. consom., 2005, comm., n° 215, note G. RAYMOND; même revue 2006, comm. 2, note L. LEVENEUR ; RDC., 2006, p. 359, obs. M. BRUSCHI.

155 Cass. 1re civ., 04 déc. 2001 : pourvoi n° 99-14.707 – 05 mars 2002, Bull. civ. I, n° 78 ; JCP 2002, II, 10123, note G. PAISANT ; Contrats conc. consom. 2002, n° 118, note L. LEVENEUR. Comme le souligne M. Henry dans son étude précitée, ces deux arrêts continuaient d'appliquer le critère de la compétence, ce qui justifiait une cassation pour défaut de base légale, le rapport direct avec l'activité professionnelle n'ayant pas été recherché. Cass. 1re civ. 26 nov. 2002, Bull. civ. I, n° 290 ; Contrats conc. consom. 2003, n° 80, note G. RAYMOND.

156 Cass. crim. 29 juin 1999, Bull. crim. n° 159 ; JCP G 2000, I, 235, n° 7, obs. J.-H. ROBERT ; Dr. pénal 2000, comm. n° 6, obs. J.-H. ROBERT ; RTD com. 2000, p. 200, obs. B. BOULOC – 09 nov. 1999 : pourvoi n° 98-85-446 ; RJDA 2000/2, n° 219 ; BRDA 2000, n° 3, p. 10. – 05 mai 2009 : pourvoi n° 08-87452 en son second moyen de cassation.

157 En matière de clauses abusives : Cass. com. 1er juin 1999 : pourvoi n° 96-20.962 – 14 mars 2000, RJDA 2000/5, n° 608 – 13 mars 2001 : pourvoi n° 98-21.912. En matière de démarchage : Cass. com. 16 mai 2000 : pourvoi n° 96-20.376 ; Contrats conc. consom. 2000,

position de cette formation peut être ressentie. Un arrêt rendu en matière de démarchage, certes de rejet et inédit, semble se ranger derrière la position de la première chambre civile et de la chambre criminelle. La formation commerciale retient que « la cour d'appel a souverainement estimé que l'acquisition du matériel litigieux était en relation directe avec l'activité commerciale des époux Y »[158].

68. Contrôle de la troisième chambre civile ? Un récent arrêt de la troisième chambre en matière de droit de rétractation de l'acquéreur non-professionnel dans les contrats relatifs aux immeubles à usage d'habitation, vient ajouter à la cacophonie ambiante. Cette formation relève en effet que les motifs de la Cour d'appel étaient « propres et adoptés » ce qui semble aller vers l'exercice d'un contrôle de la qualification d'acquéreur non-professionnel[159].

69. Un contrôle abandonné trop tôt. Laisser l'appréciation du rapport directe avec l'activité professionnelle aux juges du fond a pu être jugée par certains comme « réaliste »[160], alors que d'autres ont plutôt fait valoir que cela ne contribuerait pas à clarifier les termes du critère[161]. Force est de constater que les deux ont eu raison, en effet, qui mieux que les juges du fond peuvent déterminer les actes qui sont ou non en rapport direct avec l'activité professionnelle ? Mais dans le même temps, l'abandon à leur pouvoir souverain semble être intervenu trop tôt, soit avant qu'une définition du critère n'ait clairement émergé.

B – Absence de définitions du rapport direct et terminologie pléthorique.

70. Absence de définition du rapport direct. Pendant plusieurs années, la notion d'activité professionnelle n'était pas définie par la Cour de cassation. Pour ce qui est de la notion de rapport direct, du temps où la première chambre civile

---

n° 168, obs. G RAYMOND.

158 Cass. com. 27 nov. 2001 : pourvoi n° 99-13.469.

159 Cass. civ. 3ème 24 oct. 2012 : pourvoi n° 11-18774 : JCP G 2012, 1401 note L. LEVENEUR, également parue JCP E 2012, 1761 et Contrats conc. consom. 2013, comm. n° 3 ; D. 2013, p. 280, obs. Ch. BLANCHARD ; AJDI 2012 p. 809, note N. DAMAS ; AJDI 2013, p. 374, obs. F. COHET-CORDEY ; S. BECQUÉ-ICKOWICZ et D. SAVOURÉ : Acquisition par une société civile immobilière et faculté de rétractation, Defrénois 2013 p. 175.

160 *Cf.* position de M. AUBERT à propos de Cass. 1re civ., 17 juil. 1996 préc.

161 *Cf.* position de M. PAISANT à propos du même arrêt.

exerçait son contrôle, il semble que, comme le souligne M. Henry[162], un début de définition puisse être proposé, des sous-critères ayant été précisés. Seraient en rapport direct les contrats « *rendant possible l'activité ou visant à la développer* ». Ainsi, les contrats du début de l'activité, ceux concernant une activité complémentaire ou les contrats relatifs à la promotion de l'activité tels les contrats publicitaires ne sauraient permettre au professionnel de se prévaloir des protections consuméristes relatives aux clauses abusives et au démarchage à domicile. La chambre commerciale semble aller dans ce sens[163]. Par conséquent, avec M. Henry, nous pensons qu'il existe un « noyau dur » de la définition du rapport direct, mais cela apparaît grandement insuffisant.

71. Défaut de normalisation terminologique. Difficile de tirer plus d'enseignements de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, de part sa position, impose aux juges du fond, non pas seulement d'apprécier le critère et de l'appliquer aux cas d'espèces qui leurs sont soumis, mais de le définir, ce qui explique le manque de sécurité juridique et la confusion qui règne en la matière, d'autant plus que le « signifiant » du critère semble être soumis à des variations terminologiques. En effet, près d'un mois seulement après son arrêt précité du 24 janvier 1995 consacrant l'utilisation du rapport direct, la première chambre civile a utilisé une formulation différente et à la fois ancienne[164], approuvant la Cour d'appel d'avoir refusé l'application de la législation sur les clauses abusives à un contrat conclu par un commerçant « *pour les besoins de son commerce* »[165]. S'agissant d'un arrêt de rejet, on aurait pu penser que cette expression allait rester lettre morte, mais elle a été reprise une fois par la chambre commerciale dans des arrêts également de rejet et est en passe de devenir anecdotique[166].

---

162 Étude préc.

163 Cass. com. 27 nov. 2001 préc.

164 Apparue du temps du critère de la compétence en matière de démarchage : Cass. 1re civ. 03 mai 1988, D. 1988 somm. p. 407 obs. J.-L. AUBERT, cette formulation est en fait la reprise mots pour mots de l'article 8-I-e de la loi du 22 décembre 1972 jusqu'au 2 janvier 1990 lequel visait les contrats passés « pour les besoins d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale ou d'une activité professionnelle ».

165 Cass, 1re civ., 21 fév. 1995, JCP G 1995, II, 22502, note G. PAISANT. Contrats conc. consom. 1995, n° 84, note approb. L. LEVENEUR tous deux approuvant cette formulation. Contra J. MESTRE, RTD civ. 1996, p. 609. qui semble moins favorable.

166 Cass. com. 13 mars 2001 préc. qui établit clairement un parallèle avec le rapport direct – CA Aix-en-Provence 2ème Ch. 15 juin 2006, JurisData n° 2006-321671 – CA Bordeaux 1re Ch.

Certains auteurs voient dans cette formulation un critère véritablement entendu comme cause de l'acte distinct du rapport direct [167], d'autres une conception dissidente, les deux tendant de toute façon à se rapprocher[168].

72. Réminiscences de la compétence. Un groupe de décisions utilise certes, le vocable de « *rapport direct* », mais le critère réellement utilisé est en fait celui de la compétence. On peut citer à titre d'exemple un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 04 juillet 1996[169] qui illustre parfaitement ce propos. Après avoir donné une définition du non-professionnel, la Cour constate, pour en déduire finalement que l'article L. 132-1 du Code de la consommation lui est applicable, que l'association n'est « *ni vendeur, ni loueur, ni réparateur de photocopieur* ». Une telle référence à une activité dans un domaine aussi déterminé ne saurait permettre d'interpréter l'idée de rapport direct qu'elle contient comme celle se rapportant à la finalité de l'opération. Une conclusion s'impose : cette solution est en réalité fondée sur le critère de la compétence[170].

73. Le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle est déroutant non seulement à l'égard de son choix, mais également parce qu'il s'avère difficile à appréhender. Mais le plus ennuyeux est qu'il se révèle impropre à faire poindre la personne morale non-professionnelle.

---

sect. B 20 juin 2006, JurisData n° 2006-308443 ; CA Dijon Ch. civ. sect. B 13 juil. 2006, JurisData n° 2006-309429 ; CA Paris 25ème Ch. sect. B 20 oct. 2006, JurisData n° 2006-314743 – CA Colmar 2ème Ch. civ. sect. A 09 nov. 2006, JurisData n° 2006-326630. – Comp. CA Metz 4ème Ch. 05 oct. 2006, JurisData n° 2006-319673 dans lequel il importe peu que le contrat ait été passé pour les besoins de l'activité professionnelle étant donné qu'il n'est pas en rapport direct avec l'activité professionnelle.

167 *Cf. infra* n° 96.

168 V. L. LEVENEUR, note sous Cass. 1re civ. 27 sept. 2005 préc. Sur la distinction de ces deux critères V. N. SAUPHANOR, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, préc., spéc. n° 153 s et 169 s. ; V. également J.-P. PIZZIO, D. 2000, somm. p. 39.

169 CA Paris, 5ème Ch., sect. B, 04 juil. 1996, JurisData : n° 022075.

170 La même idée est présente par exemple : en matière de clauses abusives : CA Grenoble 18 août 1999, JurisData n° 1999-104917 ; CA Amiens Ch. éco. 23 mai 2006, JurisData n° 2006-304914 ; CA Pau 2ème Ch. Sect. 1, 05 oct. 2006, JurisData n° 2006-324661. En matière de démarchage : bien moins clair que les précédents : CA Metz 4ème Ch. 05 oct. 2006, préc.

Section II
Une conception inadaptée à l'émergence de la personne morale non-professionnelle.

74. Le rapport direct tel qu'entendu au sein de la Cour de cassation tend à être en accord avec le droit de l'Union et l'article préliminaire du Code de la consommation, mais semble être atteint par une contradiction fondamentale (§ 1) qui est en réalité dictée par des impératifs de politique juridique (§ 2).

§ 1 – La contradiction fondamentale de la conception finaliste.

75. La conception finaliste du critère du rapport direct adoptée par la Cour de cassation met en exergue une contradiction fondamentale. Comment affirmer d'une part que les personnes morales peuvent bénéficier de la qualification de non-professionnel par l'application du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle tout en soutenant une conception qui conduit inévitablement à les exclure ? Critiquable, la position de la Haute juridiction l'est au moins à deux titres et l'exclusion résulte des deux branches du critère. En premier lieu, l'activité professionnelle est entendue comme l'objet des personnes morales (A) et en second lieu, l'objectivation du critère ne semble pas « faire mouche » (B).

A – L'activité professionnelle comme objet des personnes morales.

76. Absence de définition de l'activité professionnelle. Donner une définition de l'activité professionnelle n'est pas chose aisée. Le Vocabulaire juridique n'est pas d'un grand secours en ce que la définition qu'il propose semble focalisée sur les personnes physiques[171]. La spécificité et la multiplicité des personnes morales

171 G. CORNU Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF Paris, coll. Quadrige, 2ème éd. 2001.) L'activité professionnelle y est ainsi définie : « *Travail, dépendant ou indépendant, qui se caractérise par l'accomplissement régulier de certains actes, par opposition au travail occasionnel, et par la poursuite d'un but lucratif* ». Cette définition

semble constituer un obstacle supplémentaire. Seul l'article L. 312-3 2° du Code de la consommation relatif aux exclusion des protections en matière de crédit immobilier semble définir l'activité professionnelle des personnes morales et l'assimiler à l'objet social particulier de fourniture de biens immobiliers. Cependant, la rédaction du texte peut également laisser penser qu'en plus de l'objet social, l'activité professionnelle de ces personnes peut consister dans l'activité réelle de fourniture de ces biens. En jurisprudence, la situation n'est pas moins ambiguë. La Cour de cassation ayant maintenu son contrôle quelques années, son œuvre prétorienne existe mais reste inachevée[172]. En effet, si les arrêts ne précisant pas l'activité professionnelle de la personne morale sont nombreux, certains en font néanmoins état mais passent sous silence les éléments qui ont permis de la déterminer. Ainsi en est-il d'un arrêt du 23 février 1999 à propos d'une société dont la Cour relève dès l'exposé des faits de l'espèce qu'elle exerce une « activité professionnelle de location » sans plus de détails[173]. Ainsi, la jurisprudence étudiée ne donne pas de définition de l'activité professionnelle. Les juges du fond doivent donc la déterminer pour les personnes morales. Ils se trouvent alors face à deux alternatives.

77. Première alternative : l'appréciation précise ou plus générale de l'activité professionnelle ? L'activité professionnelle doit-elle être appréciée de manière très précise ou bien peut-on se référer à une compréhension plus abstraite de la notion ? On pourrait concevoir l'activité professionnelle comme l'activité spécifique, par exemple un commerçant détaillant en vins et spiritueux, ou bien s'en tenir au fait qu'il s'agisse simplement d'un commerçant ou toute autre profession en se référant au type de cette activité. Le fait est que dans l'immense majorité des cas, les juges du fond retiennent l'activité spécifique sans pour autant en tenir réellement compte eu égard à la conception finaliste et abstraite prédominante du critère, ce qui est tout à fait paradoxal[174].

---

semble adaptée aux personnes physiques.

172 Selon les termes de M. Henry dans son étude précitée.

173 Cass. 1re civ. 23 février 1999 : pourvoi n° 96-21744, RGDA 1999, p. 326. – Cass. Com. 16 mai 2000 préc., à propos d'un pharmacien

174 Pour les débits de boissons, restaurants : CA Dijon, 28 fév.2006, JurisData n° 2006-294745 – CA Colmar 1re Ch. civ. sect. A, 19/09/2006, JurisData n° 2006-315803 – CA Nancy 2ème Ch.

78. Seconde alternative : activité réelle ou activité déclarée ? Les magistrats semblent également devoir opérer un choix entre l'activité déclarée et l'activité réelle de la personne morale. Si l'activité professionnelle consistait dans l'activité déclarée, alors l'administration de la preuve serait en ce cas très facile. Il suffirait pour la personne physique de démontrer son inscription sur un registre professionnel, tel que le registre du commerce et des sociétés, la chambre de l'artisanat ou à un ordre professionnel. Pour ce qui est de la personne morale, ou plus exactement ses représentants, il serait possible de produire l'acte de constitution de la personne, à savoir pour l'association, ses statuts ou pour la société, le contrat. Dès lors l'activité professionnelle s'identifierait avec l'objet social ou associatif. C'est dans ce sens que semble abonder la Cour de cassation. En effet plusieurs décisions expriment le choix de l'objet social. On peut citer en matière de crédit immobilier un ancien arrêt du 11 octobre 1994. Dans cette espèce, une société civile immobilière est exclue des protections consuméristes en fonction de son objet social, lequel est cité et ce, précise la Cour, peu importe le nombre d'immeuble sur lesquels s'exerce l'activité[175]. Plus récemment, l'arrêt du 15 mars 2005[176] fait ouvertement référence à cet objet et va même jusqu'à le citer sans pour autant user des symboles typographiques usuels. Pareillement, l'arrêt du 27 septembre 2005[177] paraît lui aussi faire référence à l'objet statutaire de la

---

com., 13 fév. 2007, JurisData n° 2007-341823 – CA Rennes 1re ch. B 16 mars 2007, JurisData n° 2007-335882 – CA Toulouse 2éme Ch. sect. 2, 19 juin 2007, JurisData n° 2007-338506. – Pour un professionnel de l'immobilier : CA Colmar 2éme Ch. civ. sect. A, 09 nov. 2006, JurisData n° 2006-326630. – Pour une société civile immobilière de location d'immeuble : CA Aix-en-Provence 15ème Ch. sect. B, 05 juin 2008 JurisData n° 2008-003934. – Pour un cabinet médical ou des médecins : CA Paris 25ème Ch. sect. B 20 oct. 2006, JurisData n° 2006-314743. – Pour un centre de bronzage : CA Rouen 2ème ch. 07 juin 2007, JurisData n° 2007-338123 ; CA Aix-en-Provence 1re Ch. sect. B 1er oct. 2007, JurisData n° 2007-350034 – CA Aix-en-Provence 11ème Ch. sect. A 11 sept 2009, JurisData n° 2009-022702 – Pour un commerce de sonorisation et animation de spectacle amateur : CA Reims Ch. civ. sect. A 07 mai 2007, JurisData n° 2007-337511 – Pour un salon de coiffure : CA Amiens 1re Ch. civ. sect. A, 06 avr. 2006, JurisData n° 2006-301453 – Pour un antiquaire : CA Colmar 1re Ch. civ. sect. A,11 avr. 2006, JurisData n° 2006-301431 – Pour un fleuriste : CA Reims 1re Ch. sect. B, 19 nov. 2007, JurisData n° 2007-349656 – Pour l'activité de chambre d'hôtes : CA Limoges 21 Janvier 2010, JurisData n° 2010-003731, Contrats conc. consom. 2010, comm. 190 par G. RAYMOND – Pour une infirmière : CA Lyon 3ème Ch. civ., 12 mars 2009, JurisData n° 2009-001793 – Pour une SCM en radiologie : CA Bastia Ch. civ., 17 déc. 2008, JurisData n° 2008-008050 – Pour un hôpital : Cass. com. 26 mai 2010 : pourvoi n° 07-11744.

175 Cass. 1re civ. 11 oct.1994 : pourvoi n° 92-20563, Bull. Civ. I, n° 285.

176 Cass. 1re civ. 15 mars 2005 : pourvoi n° 02-13285, JurisData n° 2005-027573, préc.

177 Cass. 1re civ. 27 sept. 2005 préc. note subpaginale n° 153.

fédération française d'athlétisme[178]. Pour sa part, la troisième chambre civile est plus précise à propos du droit de rétractation immobilier. Dans son arrêt du 24 octobre 2012, elle fait ouvertement le choix de l'objet social. En effet, elle commence par relever que la juridiction du second degré s'est référée à l'objet social de la personne morale puis souligne que, contrairement au pourvoi qui faisait valoir que la Cour d'appel n'avait pas recherché l'activité réelle, la formation d'appel n'avait pas à effectuer une telle recherche[179]. Il apparaît par conséquent que la Cour de cassation a tranché en faveur de l'objet social ou statutaire et par conséquent au détriment de l'objet réel ou activité sociale. Une Cour d'appel a récemment abondé en ce même sens à l'égard d'un syndicat de copropriétaires et de l'application de l'article L. 136-1 du Code de la consommation [180]. Ce choix pose un certain nombre de problèmes.

79. Avant la loi du 17 mars 2014, l'article L. 121-22 du Code de la consommation se référait pourtant à l'activité réelle. Lorsqu'il était en vigueur, le texte de référence du critère visait « *(…) les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession ».* Évoquant l'activité exercée et l'exploitation qu'il qualifie par la suite, l'ancien article L. 121-22 du Code de la consommation semblait ainsi aller dans le sens d'une conception de l'activité professionnelle entendue comme activité réelle. Dans sa recherche d'unité du critère, la Cour de cassation n'a pas respecté la lettre du texte de référence en matière de rapport direct[181].

80. Le problème de la dilatation de l'objet social de certaines sociétés commerciales. L'objet social ou statutaire constitue une limite aux pouvoirs des

178 Voir déjà : Cass. 1re civ. 23 mars 1999 : *Droit de la consommation. Dix ans de jurisprudence commentée 1990-2000 :* Contrats conc. consom. n° hors-série, comm. n° 46 ; Centre de recherche sur le droit de l'activité professionnelle, Chronique de droit de l'activité professionnelle (suite et fin), LPA n° 89, 4 mai 1999, p. 9, obs. G. AMLON.

179 Cass. civ. 3ème 24 oct. 2012 : pourvoi n° 11.18774 : JCP G 2012, 1401 note L. LEVENEUR, également parue JCP E 2012, 1761 et Contrats conc. consom. 2013, comm. 3 ; D. 2013, p. 280, obs. Ch. BLANCHARD ; AJDI 2012 p. 809, note N. Damas ; AJDI 2013, p. 374, obs. F. COHET-CORDEY ; S. BECQUÉ-ICKOWICZ et D. Savouré : Acquisition par une société civile immobilière et faculté de rétractation, Defrénois 2013 p. 175.

180 CA Paris 15 janv. 2014, JurisData n° 2014-002213, Contrats conc. Consom. 2014, comm. n° 172, obs. G. RAYMOND.

181 *Cf. supra* n° 53 et s.

dirigeants de l'être moral. Or cette limitation, et donc cette protection de la personne morale, n'est que peu effective pour certaines d'entre-elles. L'objet est entendu largement dans un certain nombre de sociétés, ce qui se manifeste en premier lieu par une impression de flou dans l'acte fondateur des sociétés commerciales, où il constitue un programme pour l'être moral commerçant[182], et en second lieu par des règles légales protégeant les tiers pour les sociétés à risques limités. Il peut donc être constaté une sorte d'inflation de l'objet social s'organisant autour de deux variantes. La première est légale et concerne les sociétés de capitaux[183] et sociétés à responsabilité limitée[184]. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une dilatation de l'objet social, mais plutôt d'un mécanisme de protection des tiers, répondant à l'impératif de sécurité juridique[185]. En revanche, la seconde variante correspond plus à une hypertrophie de la notion d'objet social et a été observée dans le cas d'une société en nom collectif[186]. Ainsi, la référence à l'objet des personnes morales ne permettrait pas aux sociétés commerciales d'être protégées. La Cour de cassation a résolu le cas des sociétés commerciales de manière brutale par leur exclusion pure et simple du bénéfice des rares dispositions consuméristes auxquelles elles auraient pu prétendre[187].

81. Caractère potestatif de l'objet statutaire. On pourrait en effet considérer que l'activité professionnelle réside dans l'objet statutaire de la personne morale. Cette position semble intéressante de prime abord, notamment par la simplicité de

182 Y. CHAPUT, L'objet social des sociétés commerciales, thèse Clermont, 1973. D'autres auteurs évoquent « le genre d'activité que la société se propose d'exercer en vue de faire des bénéfices ou de réaliser des économies » (Ph. MERLE et A. FAUCHON, Droit commercial, sociétés commerciales, 16ème éd., Coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, 965p., spéc. p. 82, n° 52)

183 Pour les SA : art. L. 225-35 du Code de commerce, pour les sociétés en commandite par action : art. L. 226-7 du même code.

184 Art. L. 223-28 al. 4 du Code de commerce.

185 Par exemple : Cass com. 31 janv. 2012 : pourvoi n° 10-15489, D. PORACCHIA, chron. Droit des sociétés, Dr. et patr. 2013 n° 225 p. 84 ; Rev. soc. 2012 p. 230, note J. -F BARBIÉRI ; Dr. sociétés 2012, comm. n° 62, note M. ROUSSILLE ; Bull. Joly 2012, p. 565, note A. CONSTANTIN.

186 F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO, Le crépuscule de l'objet social, Note sous Cass. com. 12 déc. 2006, Société La Résidence, Rev. soc. 2007 p. 346.

187 Cass 1re civ. 11 déc. 2008 : pourvoi n° 07-18128, Contrats conc. consom. 2009, comm. 69, obs. L. LEVENEUR ; JCP E 2009 p. 1278, obs. G. RAYMOND – Cass com. 06 sept. 2011 : pourvoi n° 10-21583, Bull. 2011, IV, n° 127 ; D. 2011 p. 2198, obs. X. DELPECH ; JCP E 2011 p. 1716 – même date : pourvoi n° 10-21584, inédit.

l'administration de la preuve de cette activité[188]. Cela dit, certaines difficultés ou risques pourront survenir et font douter de la possibilité d'assimiler l'activité professionnelle à l'objet statutaire de la personne morale. Une première difficulté est relative à la nature de cet objet statutaire ou plus exactement à son mode de définition. Lors de la création de la personne morale, l'objet de cet être est défini par les fondateurs et est par la suite porté à la connaissance de tiers par l'intermédiaire des diverses procédures de déclarations ou de publicités. Dans ces conditions il apparaît évident que l'objet statutaire dépend exclusivement de la volonté des membres de la personne morale qui sont *de facto* parfaitement libres de leurs déclarations d'une part dans l'acte constitutif et d'autre part, par voie de conséquence, des mentions à porter dans les mesures d'officialisation. Ce point nous semble particulièrement dérangeant car cela pourrait parfaitement conduire les créateurs de personnes morales à ne déclarer qu'une activité minimale, voire minimaliste, ce qui aurait pour effet de faire bénéficier l'être moral créé d'un maximum de protections pour tous les contrats ne concourant pas à la réalisation de l'objet dont il s'agit. Finalement ce caractère potestatif de l'objet social est un élément disqualifiant l'objet statutaire en tant que candidat à la détermination de l'activité professionnelle des personnes morales.

82. Mais ces difficultés relatives à la notion d'activité professionnelle ne sont pas les seules relativement au critère du rapport direct avec l'activité professionnelle, car le rapport direct, première partie du critère, est lui aussi source d'incertitudes de par les divergences de conception qu'on pourrait en adopter.

B – L'objectivation manquée de la notion de rapport direct.

83. Le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle se veut un critère objectif. Cependant, il convient de se rendre à l'évidence, l'objectivation opérée est manquée tant lors durant l'exercice de l'activité (A) qu'aux limites de la « vie » de la personne morale (B).

188 *Cf supra* n° 78.

1 – Le lien direct distendu durant l'activité professionnelle.

84. Depuis son arrêt du 24 janvier 1995[189], la Cour de cassation a étendu le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle au domaine des clauses abusives. Sans doute, la Haute juridiction y voyait-elle le moyen d'offrir un critère simple, clair et objectif. Néanmoins, l'ensemble de ces caractères semblent faire défaut, pour preuve : l'abandon par la Cour de cassation de l'appréciation du rapport direct aux lumières des juges du fond[190] et ses conséquences en termes de conceptions ou encore, l'appréciation du critère du rapport direct qui peut ne pas apparaître comme véritablement fidèle au fondement textuel de l'article L. 121-22 du Code de la consommation avant sa modification par la loi du 17 mars 2014. L'utilisation du critère finaliste s'avère donc être un raccourci[191]. Conséquence de cette filiation hasardeuse et d'une compréhension travestie de la notion de rapport direct avec l'activité professionnelle, le lien direct avec cette ou ces activités semble plus distendu que ne le prévoyait le législateur[192].

a – Manifestations de ce relâchement.

85. Un certain nombre de solutions concernent des personnes physiques invoquant la législation sur le démarchage à domicile, mais elles susciteraient sans doute la même motivation si le litige était élevé par une personne morale invoquant les textes concernant les clauses abusives.

86. Contrats visant à l'accroissement de l'activité professionnelle. Il est parfaitement compréhensible qu'un contrat ayant pour objet de faire de la publicité pour un professionnel ou dans les locaux de celui-ci ait un rapport direct avec son activité. Ainsi, il a été jugé en matière de démarchage à domicile, que le contrat de location d'un panneau d'affichage publicitaire électronique programmable était en rapport direct avec l'activité de commerçant[193]. Bien qu'adoptée concernant un

189 *Cf. supra* n° 52.
190 *Cf. supra* n° 66.
191 *Cf. supra* n° 53 et s.
192 X. HENRY a révélé un accroissement des contrats en lien direct avec l'activité professionnelle, *in* Clauses abusives : où la jurisprudence accessible ?, L'appréciation du rapport direct avec l'activité, D. 2003 chron. p. 2557.
193 CA Paris 5ème Ch. sect. B, 24 nov. 1995, JurisData n° 289982.

commerçant personne physique et en matière de démarchage, cette solution serait parfaitement transposable à une personne morale exerçant une activité commerciale et prétendant au bénéfice de la protection consumériste. Ainsi en est-il d'une affaire jugée par la Cour d'appel de Bordeaux laquelle a estimé que les contrats relatifs au site internet d'un domaine viticole – voilà qui est surprenant en cette région – étaient en rapport direct avec cette activité en ce qu'une telle réalisation permettait la promotion et la commercialisation de la production du domaine[194]. Par la diffusion de publicités, le professionnel entend accroître son chiffre d'affaire et donc favoriser le développement de son activité. Ainsi, les contrats liés au développement de l'activité sont incontestablement en rapport direct avec l'activité professionnelle. De même pour une société exploitante d'une boucherie qui acquiert un distributeur de hamburgers[195], la Cour d'appel a exclu la protection sur le démarchage, non pas eu égard à la personnalité morale, mais au bénéfice escompté de l'opération[196].

87. Le rapport direct distendu (1) : les contrats de protection de l'activité contre les risques divers. Cependant, certaines solutions, notamment en matière de protection contre certains risques nous semblent plus contestables, compte tenu de l'activité professionnelle exercée. De tels contrats ne visent pas à accroître l'activité professionnelle, mais à se prémunir contre la survenance d'un fait aléatoire tel un vol ou un acte de malveillance. Ainsi, on comprend difficilement pourquoi un dentiste ne peut, selon la Cour d'appel de Versailles, bénéficier de la protection sur le démarchage. Cette juridiction motive sa décision en invoquant la protection contre des vols de substances toxiques[197]. Il semble que l'on soit en droit de se demander en quoi consiste ce lien. Manifestement,

194 CA Bordeaux 1re Ch. sect. B, 15 avr. 2008, JurisData n° 2008-361360 V. déjà CA Colmar 1re Ch. civ. sect. A,11 avr. 2006, JurisData n° 2006-301431 préc.

195 CA Montpellier 2ème Ch. sect. A, 14 mai 1998, n° rôle : 97/00002977.

196 CA Chambéry, Ch. com. 04 oct. 2005, JurisData n° 286009 : l'exploitante d'une agence de mannequin ne bénéficie pas des dispositions sur le démarchage car la location de machine à café et de fontaine à eau dans le hall d'entrée a un rapport direct avec l'activité professionnelle en ce qu'elle vise l'amélioration des conditions de travail ainsi que l'accueil de la clientèle – Contra, CA Paris 15ème Ch. sect. B 06 janv. 2005, JurisData n° 276643 : il n'y a pas de rapport direct pour un contrat du même type car il n'a pas pour objet de faire connaître l'activité, ni d'augmenter la clientèle ou la marge bénéficiaire.

197 CA Versailles 1re Ch. 2ème sect. 04 octobre 2002, n° rôle : 01/00529.

celui-ci est ténu et pour le moins indirect ! En effet, si l'on adopte le raisonnement de la Cour d'appel de Grenoble[198], ces produits ne sont qu'utiles à l'exercice de la profession de chirurgien-dentiste, laquelle ne consiste en aucune manière en la fourniture de tels produits afin de générer des profits. On peut également relever qu'une une solution opposée a été retenue par la Cour de Grenoble relativement au matériel anti-incendie d'un médecin[199].

88. Le rapport direct distendu (2) : les lecteurs de chèques. Le caractère direct du rapport avec l'activité professionnelle apparaît tout aussi contestable concernant les locations de lecteurs de chèques. La Cour d'appel de Montpellier a considéré qu'un tel contrat est caractérisé par un rapport direct avec l'activité professionnelle en ce qu'il en facilitait l'exercice. On peut se demander en quoi ce lecteur de chèques facilite l'exercice de l'activité professionnelle en elle-même. La même juridiction répondra quelques mois plus tard, relevant que ce contrat permet de faciliter le recouvrement des chèques reçus des clients. Pour notre part, nous avons des difficultés à concevoir comment assurer le recouvrement des chèques permet en lui-même le développement de l'activité professionnelle. Dans une affaire similaire la Cour d'appel de Toulouse en 1999 a statué dans le même sens, mais sa motivation est tout aussi énigmatique et même affirmative[200]. Elle se contente de relever que le lecteur de chèques permettait « l'exploitation courante des nombreux moyens de paiement » reçus de la clientèle en contrepartie de la vente de carburants. Plus récemment, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a rendu un arrêt allant dans le sens opposé, arguant que le lecteur de chèques ne contribuait pas à l'accroissement de la clientèle d'une coiffeuse[201]. L'annotateur condamne cette dernière solution, jugeant cette conception du rapport direct trop restrictive. Il peut être répondu que la conception du lien direct défendue par la Cour de cassation est justement trop… indirecte, si bien que les professionnels ne

198 CA Grenoble 18 août 1999, JurisData n° 1999-10491.

199 CA Grenoble 27 sept. 1999, JurisData n° 1999-102501 ; Contrats conc. consom. Mai 2000, comm. n° 88.

200 CA Montpellier 2me Ch. sect. A, 03 décembre 1998, n° rôle 97/0006242 – 25 mars 1999 n° rôle : 98/0001264 – CA Toulouse 28 juin 1999, JurisData n° 042420 ; Contrats conc. consom. 2000, comm. n° 119, note G. RAYMOND.

201 CA Aix-en-Provence 1re ch. D, 16 mars 2005 ; Contrats conc. consom. 2005, comm., n° 215, note G. RAYMOND.

peuvent prétendre dans la majorité des cas à la protection[202].

89. Le rapport direct distendu (3) : le contrat d'assurance d'un contrat de crédit-bail. Dernière preuve du caractère lâche du lien direct, un contrat d'assurance rattaché à un contrat de crédit-bail d'un véhicule d'une société a été considéré par la chambre commerciale comme en rapport direct avec l'activité professionnelle car dès la conclusion de ce contrat d'assurance, la société avait prévu l'éventualité de la réalisation de l'aléa, en l'occurrence le vol du véhicule[203]. Cette solution peut être justifiée par une forme de l'accessoire, mais cette règle en la matière rend le rapport avec l'activité professionnelle plus lointain[204].

90. Après avoir dépeint à grands traits la situation de ce rapport direct qui conduit à une augmentation du nombre de contrats en rapport direct avec l'activité professionnelle, il convient de rechercher les raisons de ce relâchement.

b – Raisons de ce relâchement, le basculement de l'objet à la cause du contrat.

91. Pour tenter d'apporter une piste de compréhension de cette notion de rapport direct, il apparaît nécessaire d'utiliser la formidable « boîte à outils » deux fois centenaire issue du Code civil.

92. Au fond, ce qui dérange ne tient pas tant dans l'absence de définition du rapport direct mais plutôt dans la conception que l'on en a. En effet, il apparaît que l'utilisation du critère du rapport direct en lieu et place de celui de la compétence révèle un changement d'optique. Là où, par l'utilisation de la compétence, les juges s'en tenaient à une comparaison entre l'objet de la prestation contractuelle et l'objet de la personne morale, la substitution du critère du rapport direct amène, dans la conception de la Cour de cassation, à s'interroger sur la cause de l'acte, ce qui peut apparaître choquant lorsqu'on revient à la lettre-même du texte de référence du critère finaliste.

---

202 Conception restrictive qui se trouve confirmée dans : CA Reims 1re Ch. sect. B, 19 nov. 2007, JurisData n° 2007-349656 préc.

203 Cass. 1re civ. 06 janv. 1993 : Bull. civ. I, n°4 ; Contrats, conc. concom. 1993, comm. n° 62, note G. RAYMOND ; D. 1993, somm. p. 237, obs. G. PAISANT.

204 Sur le lien entre la conception finaliste du rapprot direct avec l'accessoire subjectif en droit commercial : *cf. infra* n° 111.

93. Afin de bien saisir ce qui pose un problème dans l'utilisation du critère du rapport direct, il convient de se référer à l'opération intellectuelle à laquelle doivent se livrer les juges du fond pour apprécier ce qui est ou non en rapport direct avec l'activité professionnelle.

α – La confrontation passée entre l'objet de la prestation du contrat et l'objet de l'activité professionnelle de la personne morale.

94. L'objet de la personne morale, exemple des sociétés et associations. L'article 1832 du Code civil dispose en substance que la société est un acte juridique par lequel des personnes physiques décident d'affecter des biens ou leur travail à une activité commune. L'objet du contrat de société est l'affectation de biens à l'exercice d'une activité, mais une fois ceux-ci affectés et la personne morale créée, l'objet social n'est autre que l'activité réellement exercée à titre habituel[205]. Pour les associations, l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 nous enseigne seulement que la mise en commun de connaissances ou d'activités s'effectue dans un autre but que partager des bénéfices. Pareillement à celle de la société, l'activité est l'objet de l'association. Il est libre sous réserve de licéité et de textes particuliers.

95. La compétence : confrontation entre l'objet de la prestation et l'objet de l'activité professionnelle. L'usage par les juridictions du critère de la compétence revenait à rechercher s'il existait une corrélation, une correspondance entre la prestation ou plutôt l'objet de celle-ci et l'activité exercée. Il importait peu que l'activité soit exercée par une personne physique ou morale. Ainsi, dans l'arrêt du 28 avril 1987[206], la Cour de cassation a pu constater que l'installation d'un système d'alarme était étrangère à l'activité d'agent immobilier de la société, laquelle se trouvait « *dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur* ». C'est par la confrontation entre l'objet de la prestation et l'objet de l'activité que la Cour d'appel a pu déduire l'ignorance de la société et la nécessité de la protéger. Cette opération de comparaison a été maintes fois reprise dans des décisions et ce, bien que le critère de la compétence ait été

205 CA Paris 21 nov. 1951, S. 1952, 2, 105, concl. GEGOUT.
206 Cass. 1re civ. 28 avr. 1987, préc.

abandonné[207].

β – Tentative d'explication par référence à la cause médiate et objective de l'acte.

96. Le rapport direct comme cause du contrat. Certains auteurs proposent une conception qui peut être qualifiée d'orthodoxe en ce qu'elle semble être en concordance avec la position actuelle de la Cour de cassation. Comme l'a maintes fois relevé le Professeur Raymond, l'élément principal du raisonnement ne serait plus l'objet, mais une notion bien connue, la cause du contrat[208]. Il s'agirait en la matière d'une compréhension bien spécifique de la cause car la cause objective ne nous serait d'aucun secours. Comme le soutient le Professeur Henry par cause, il faut entendre le mobile, la cause médiate, impulsive et déterminante. Mais la conception de cette cause impulsive et déterminante est bien particulière car l'auteur fait valoir que le mobile serait alors apprécié objectivement et serait identique pour tous les professionnels[209]. Ainsi, s'ils contractent c'est pour une utilisation professionnelle par opposition à une utilisation privée, qui serait l'apanage du seul consommateur. Dès lors, toute référence à l'objet de la prestation deviendrait inutile. Il est possible de proposer une définition complétant celle de M. Henry[210]. Selon cette conception finaliste, seraient en rapport direct avec l'activité professionnelle les contrats conclus *en vue de* développer ou de protéger l'activité professionnelle du contractant. Celui-ci espérerait donc retirer un avantage de ces actes qui consisterait soit en des gains, soit à éviter des pertes liées à la réalisation d'un risque[211]. Cette analyse peut sembler

---

207 Par exemple pour des personnes physiques : CA Paris 15ème Ch. sect. B, 22 sept. 2006, JurisData n° 313423 – CA Pau 2ème Ch. sect. 1, 05 oct. 2006, JurisData n° 2006-324661 – CA Lyon 6ème Ch. civ. 20 sept. 2007, JurisData n° 2007-342946. – Pour une association en cas de soumission volontaire aux dispositions sur le démarchage à domicile : CA Metz 4ème Ch. 05 oct. 2006, JurisData n° 2006-319673 préc. – Pour un fleuriste : CA Reims 1re Ch. sect. B 19 nov. 2007, JurisData n° 2007-349656 préc. – Pour une société foncière : Cass. civ. 3ème 24 oct. 2012 : pourvoi n° 11-18774 : JCP G 2012, 1401 note L. LEVENEUR, également parue JCP E 2012, 1761 et Contrats conc. consom. 2013, comm. n° 3 ; D. 2013, p. 280, obs. Ch. BLANCHARD ; AJDI 2012 p. 809, note N. DAMAS ; AJDI 2013, p. 374, obs. F. COHET-CORDEY ; S. BECQUÉ-ICKOWICZ et D. SAVOURÉ : Acquisition par une société civile immobilière et faculté de rétractation, préc..

208 V. not. Droit de la consommation. Dix ans de jurisprudence commentée *1990-2000 :* Contrats conc. consom. n° hors-série, comm nos 33 ; 36 ; 38 et 42, obs. G RAYMOND.

209 X. HENRY, Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? préc. spéc. n° 39.

210 *Cf. supra* n° 70.

211 Il est possible de se prémunir contre certains risques pesant sur l'activité professionnelle par

convaincante, mais elle inspire plusieurs critiques[212].

97. Deux de remarques. Une première série est fondée sur l'évidence. En premier lieu, on peut constater que raisonner sur la finalité de l'acte revient en fait à rechercher un bénéfice quelconque pour l'activité professionnelle. Or, il va de soi que des contractants professionnels ou non, quels que soit le contrat, espèrent retirer un bénéfice quelconque du contrat conclu. Donc bien que la recherche d'un bénéfice soit une question pertinente, l'explication en réponse ne nous paraît pas satisfaisante. En second lieu, le passage au rapport direct se voudrait comme une objectivation du critère d'application du droit de la consommation. Ce postulat ne semble pas convaincant car on est en droit de se demander comment la recherche du mobile d'un acte, donc des intentions du contractant pourrait-elle relever d'une quelconque objectivité ? La réponse nous est livrée comme une évidence mais laisse quelque peu perplexe : il s'agirait d'un mobile objectivé qui serait commun à tous les contractants se trouvant en cette même situation...

98. Un critère purement finaliste exclurait *de facto* les personnes morales. Par le recours à la cause du contrat ou plus exactement au mobile ou encore au contexte – activité professionnelle ou vie personnelle – cette doctrine ne permet pas de répondre à la question pour les personnes morales et peut apparaître

---

la télésurveillance ou l'assurance. C'est ainsi qu'ont été considérés en rapport direct : des contrats relatifs à la télésurveillance d'une pharmacie sujette à des attaques (CA Paris, 17 sept. 1999, JurisData n° 024863 ; Contrats conc. consom. 2000, comm. n° 88.) ; ces contrats protègent contre l'interruption de l'activité (CA Orléans, Ch. com. 24 février 2005, JurisData n° 2005-264587 ; CA Rennes 1re Ch. B 16 mars 2007, JurisData n° 2007-335882. V. également, mais plus elliptique : CA Grenoble, Ch. com. 26 février 2004, JurisData n° 2004-251959.). Le contrat d'assurance d'une société de location de bateaux a été laconiquement considéré en rapport direct (Cass. 1re civ., 23 fév. 1999, Bull. civ., 1999, I, n° 59 p. 39 ; *Droit de la consommation. Dix ans de jurisprudence commentée 1990-2000 :* Contrats conc. consom. n° hors-série, comm. n° 46 ; Centre de recherche sur le droit de l'activité professionnelle, Chronique de droit de l'activité professionnelle (suite et fin), LPA n° 89, 4 mai 1999, p. 9, obs. G. AMLON.).

212 Le Professeur PAISANT a identifié une variante à cette conception du rapport direct, relevant que certaines décisions s'en tiennent au seul fait que la partie au contrat a contracté « en qualité de professionnel » (À la recherche du consommateur, Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct », JCP G 2003, I, 121. V. également Cass. 1re civ. 15 mars 2005 préc.). Cependant, l'intérêt pratique de cette variante semble minime car pour la Cour de cassation, elle semble interchangeable avec la prise en compte de la finalité de l'acte, voir son mobile (Pour le contrat passé en qualité de professionnel : Cass, 1re civ., 15 mars 2005 préc. et pour le critère finaliste et même le mobile : 27 sept. 2005, préc.).

quelque peu contradictoire avec l'application de ce critère finaliste à des êtres purement fonctionnels peu important le nombre d'activités exercées. En effet, compte tenu de la spécificité des personnes morales et notamment du principe de spécialité qui leur est inhérent, comment poser le principe que les personnes morales puissent être qualifiées de non-professionnelles dès lors que leur existence, ainsi que tous les actes qu'elles accomplissent, est à ce point intimement liée à une activité[213] ? Il va de soi qu'une personne morale espère retirer d'un acte un bénéfice quelconque pour son activité étant donné que cette activité justifie l'existence de cet être artificiel[214]. On rejoint alors le critère d'exclusion du droit de la consommation fondé sur la notion des besoins de l'activité professionnelle[215], ce que nous avons vu précédemment[216]. À considérer une assimilation entre l'objet social et l'activité professionnelle, la protection des personnes morales par certaines dispositions du Code de la consommation serait le résultat d'un dépassement de l'objet social ou d'une activité professionnelle par nature.

99. Exclusion de la protection par le dépassement de l'objet de la personne morale. On pourrait alors penser que seraient seuls dépourvus de rapport direct avec cette activité les actes passés en dehors de l'objet de la personne morale. Cela signifie qu'en cas de violation par un dirigeant de personne morale d'une obligation, mise légalement ou statutairement à sa charge, d'agir dans les limites de l'objet de cette personne morale, les stipulations contractuelles susceptibles de soumettre leur auteur « éthéré » à diverses protections consuméristes risqueraient dans le même temps les sanctions applicables aux actes conclus hors de la spécialité statutaire. Ainsi, par la sanction de l'inopposabilité, le paradoxe serait alors que la personne morale ne pourrait espérer être protégée que si elle n'était pas partie au contrat. Heureusement, en droit des sociétés, il existe des dispositifs de protection du tiers cocontractant. Les articles L. 223-18, L. 225-56 et L. 226-7

213 Ce point de vue a été développé par M. Ch. BLANCHARD dans sa note précitée de l'arrêt : Cass. civ. 3ème 24 oct. 2012.

214 Si l'on peut accepter une telle formule confinant à l'oxymore.

215 Voir les observations du Professeur L. LEVENEUR sous Cass. 1re civ. 27 sept. 2005, Contrats conc. consom. 2006, comm. n° 2 préc.

216 *Cf. supra* n° 71.

du Code de commerce, pour ne prendre que les textes de référence, disposent que pour les actes des organes de direction excédant l'objet social, les sociétés par actions et à responsabilité ne sont engagées envers les tiers que si ces derniers sont de bonne foi ou ignoraient le dépassement de la spécialité. Aussi bien, le résultat serait moins absurde que le précédent : les protections consuméristes seraient applicables à ces sociétés, mais constitueraient une diminution de la relative sécurité juridique des tiers.

100. Exclusion de la protection par le caractère professionnel ou non par nature de l'activité. Si l'application de certaines des techniques consuméristes de protection aux personnes morales dépendait de la seule détermination du caractère professionnel de l'activité, l'existence d'un rapport direct serait alors présumée et n'aurait *de facto* plus d'intérêt. C'est dans ce sens d'une présomption de rapport direct avec l'activité professionnelle de sociétés commerciales que semblent abonder plusieurs arrêts excluant les personnes morales ès-qualité[217]. Deux arrêts des juges du fond ont considéré que l'activité de la personne morale n'était pas professionnelle[218]. Certaines opinions doctrinales, et même le ministre ayant porté la loi du 17 mars 2014, semblent attester de l'existence de personnes morales de droit privé protégeables par la seule nature non-professionnelle de leur activité. Ce serait notamment le cas notamment des syndicats de copropriétaires ou d'organismes à but non-lucratif[219].

101. Un véritable changement d'optique. Le critère finaliste opère plus qu'un simple changement dans le vocabulaire, il s'agit d'un véritable changement de plan qui ne nous semble correspondre ni à la réalité du raisonnement judiciaire, ni à la logique du droit de la consommation. Cette logique est la protection d'une

---

217 *Cf. Infra* n° 112.

218 Ce qui a déjà eu lieu pour un parti politique dont l'activité politique n'est pas assimilable à une activité professionnelle : CA Paris, 05 juil. 1991, *Droit, de la consommation. Dix ans de jurisprudence* commentée *1990-2000 :* Contrats conc. consom. n° hors-série, comm n° 40 ; pour un syndicat de copropriété : CA Paris 8ème Ch. Sect. B, 13 novembre 1997 rôle n° 95/09970 préc.

219 G. RAYMOND, Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, Contrats conc. consomm, 2014, dossier n° 3. spéc. n° 12 – C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, D. 2014 p. 879, spé. n° 6.

partie présumée faible d'un contrat. Or, dans leur sens général, les termes de la famille de « faible » ne peuvent être définis qu'en considérant un référentiel. Le dictionnaire Larousse définit l'adjectif faible dans différents sens en utilisant la notion de « manque » ce qui présuppose donc une référence à un état jugé comme plénier et qui constituerait la normale. Dans une relation contractuelle, une personne ne pourra conceptuellement voir son consentement altéré, vicié, qu'à considérer que celui-ci doive être libre et éclairé pour être valable. Ainsi, hors de tout processus de qualification juridique, la faiblesse induit un étalon à l'aune duquel il est possible de la concevoir puis de l'établir. C'est cet établissement qui relève de la qualification. La faiblesse ne peut par conséquent être déduite qu'en effectuant une comparaison, une personne est toujours faible en considération d'un référentiel, que celui-ci soit une situation, une personne particulière ou un standard juridique. Dès lors, présumer une partie à un contrat comme faible suppose une confrontation, non à une personne qui serait son cocontractant, mais à sa propre situation et il en résulte que le critère du droit de la consommation ne saurait exclure toute confrontation de la personne avec sa situation. C'est très précisément ce qui se produit avec le critère du rapport direct dans sa compréhension actuelle : toute idée de comparaison paraît avoir disparu et l'exclusion des sociétés commerciales ès-qualité est dans cette optique détachée de la réalité, ce qui défie la logique intrinsèque du droit de la consommation.

102. Persistance de l'idée de comparaison dans la jurisprudence. Cependant, la jurisprudence ne se situe pas dans cette exclusion. Il semble en effet que dans l'esprit même des magistrats de la Haute juridiction, toute idée de confrontation avec l'activité professionnelle ne soit pas encore totalement abandonnée. L'étude de nombre de décisions nous enseigne que le raisonnement suivi ne se contente pas simplement d'une recherche de la cause objectivée du contrat. Deux exemples maintes fois cités sont en la matière très éclairants. Le premier est l'arrêt du 15 mars 2005, dans lequel cette idée de comparaison avec l'objet de l'activité professionnelle n'apparaît qu'en filigrane dans l'exposé des faits par la citation de l'objet social du Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne lequel consiste à « effectuer des opérations de contrôle de performance, d'état civil et d'identification des animaux ». Pour motiver le rejet, la Cour se contente d'une

motivation affirmative indiquant que le syndicat n'avait pu conclure le contrat dont il s'agissait « qu'en qualité de professionnel »[220]. Le second exemple est bien plus explicite. Dans son arrêt du 27 septembre de la même année, la même formation, pour retenir le rapport direct reprend la motivation de la Cour d'appel, laquelle fait d'une part deux fois référence à la cause du contrat[221] et cite d'autre part cette activité : « l'objet est de promouvoir l'athlétisme en France par la signature d'importants contrats de partenariat et vente de licences »[222]. Ainsi, il apparaît que ces citations de l'objet de l'activité des personnes morales dans ces décisions traduisent le besoin ressenti d'appuyer l'utilisation du rapport direct par une confrontation de la finalité de l'acte et de l'activité en elle-même, comme s'il s'agissait d'une relique du raisonnement sur la compétence. Peut-être peut-on voir en cela la marque d'un malaise face à ce critère finaliste.

2 – De quelques difficultés liées au critère finaliste aux limites de la vie de la personne morale.

103. Un problème souvent passé sous silence lié à la conception finaliste du critère. M. Henry a relevé à fort juste titre une étrangeté liée au critère du rapport direct entendu comme un mobile objectif, qui veut que les contrats de la fin d'activité, tels les mandats, publicité ou encore vente, soient sans rapport direct avec l'activité professionnelle, celle-ci cessant[223]. C'est donc, très « logiquement », lorsqu'il est le plus expérimenté que le professionnel est susceptible d'être protégé. La situation est inversement symétrique pour le début de l'activité, le novice dans l'activité, personne physique ou morale non encore professionnelle est totalement exposé car tous ses actes sont guidés par le mobile objectivé, comme l'acquisition d'un fonds de commerce. On touche ici à un problème majeur de l'interprétation finaliste du critère.

104. Le rapport direct en début d'activité de la personne morale. S'agissant spécifiquement des personnes morales, la situation peut être parfois différente.

220 Cass. 1re civ., 15 mars 2005 préc.

221 Encore que le pluriel conviendrait mieux : « en vue de financer l'acquisition et l'aménagement du nouveau siège social, lieu de son activité » puis « afin d'améliorer les conditions d'exercice [de] l'activité] ».

222 Cass. 1re civ., 27 sept. 2005 préc.

223 Dans son article précité, c*f. supra* n° 84.

C'est notamment le cas lorsque l'activité sociale préexiste à la création de l'être moral, lors par exemple du passage de l'exercice d'une activité en nom propre à une forme sociétaire ou bien lors de la constitution d'une société filiale, l'activité jusqu'alors exercée par la société mère étant transférée à la nouvelle société. Dans de tels cas, en adoptant la position de la Cour de cassation, il apparaît admissible que les contrats liés au début de l'activité de la personne morale puissent échapper aux protections consuméristes. Cependant, la diversité des personnes morales s'exprimant notamment au regard de leurs modalités de constitution et d'acquisition de la personnalité juridique impose une étude plus approfondie de la question.

105. L'acte en rapport direct et repris par la société. Pour les sociétés, les articles 1843 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce prévoient qu'un certain nombre d'actes qui, passés par un tiers au nom et pour le compte de la société en formation, peuvent être repris par celle-ci selon diverses procédures détaillées dans des textes spéciaux. En suivant le critère finaliste, il semble aller de soi qu'en cas de reprise de tels actes, ils soient qualifiés de professionnels. Du moins c'est ce que semble admettre la première chambre civile au détour d'un arrêt du 02 octobre 2002. Elle considère que le contrat conclu par une société en cours de constitution ne saurait permettre de se prévaloir des dispositions sur le crédit immobilier du fait que « *le prêt avait pour objet de financer une activité professionnelle* »[224]. La première chambre civile approuve en effet l'interprétation des conditions générales du contrat faite par les juges du fond par l'expression « ce qui était le cas ». Ainsi, une société peut être qualifiée de professionnel alors-même qu'elle n'existe pas encore. Cette solution a été confirmée récemment[225]. Mais la question mérite peut-être de s'y attarder lorsque les actes ne sont pas repris par la société.

---

224 Cass. 1re civ., 02 oct 2002, Bull. civ. I n° 227, p. 174. Il est regrettable que la Haute juridiction n'ait précisé ni l'activité, ni la forme de la société et les moyens du pourvoi ne sont d'aucun secours sur ces questions. De plus, on peut remarquer qu'une grande confusion règne dans les termes utilisés car étrangement, la Haute juridiction utilise le vocable « objet » pour désigner en réalité la cause du contrat...

225 Cass. 1re civ., 24 oct 2012, préc. : la motivation des juges du fond reprise au premier moyen de cassation révèle que la société civile qui s'est vue refuser la qualité d'acquéreur non -professionnel était en formation.

106. L'absence de protection en cas de non-reprise de l'acte par la société. Il peut arriver qu'un acte passé au nom de la société en formation ne soit pas repris par elle après immatriculation. Il n'y a alors pas substitution de débiteur, lequel se trouve être toujours celui qui a conclu l'acte. La force obligatoire du contrat joue pleinement à son égard, sauf peut-être en ce qui concerne une clause attributive de compétence si le contractant n'a pas la qualité de commerçant[226]. Sauf clause posant une condition suspensive et une condition résolutoire, sa position serait alors fort peu enviable. Il ne pourrait notamment pas se prévaloir des dispositions du droit de la consommation du fait de l'existence lors de la conclusion d'un mobile professionnel consistant dans une activité qu'il n'aurait en tout état de cause pas exercée lui-même. Il semble, sauf pour la Cour de cassation à rendre un arrêt d'espèce, qu'un tel contractant n'ait rien à attendre des protections consuméristes.

107. Le rapport direct et la personne morale n'existant que pour les besoins de la liquidation. La remarque de M. Henry concernant la cessation d'activité n'est pas seulement valable pour les personnes physiques. Elle vaut également pour les personnes morales. Il résulte en effet des articles 1844-8 al. 3 et L. 237-2 al. 2 du Code de commerce[227], applications particulières d'un principe général du droit des groupements personnalisés[228], qu'en cas de liquidation la personnalité juridique ne subsiste que pour les besoins de cette liquidation[229]. Dès sa mise en liquidation, la personne morale subit une transformation de sa spécialité. Son but n'est alors plus l'exercice d'une activité dans un but lucratif ou la défense d'intérêts collectifs, mais précisément d'y mettre fin par la réalisation de l'actif et

---

226 Cass. com., 25 févr. 1992 : Dr. sociétés 1992, comm. n° 107 – Cass. com., 08 nov. 1994 : RJDA 1995, n° 149, p. 133 – *Contra.* Cass. com., 15 janv. 1991 : Dr. sociétés 1991, repère p. 1 ; Bull. Joly 1991, p. 395, § 127, note CALENDINI,

227 Qui reprennent une solution jurisprudentielle affirmée constamment et de longue date : V. déjà Req. 27 juil. 1863 DP 1863, I p. 460. L'auteur justifie déjà la survie par une fiction.

228 G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, V° Personne morale, spéc. n° 59.

229 Art. L. 251-21 du Code de commerce pour le groupement d'intérêt économique et la jurisprudence pour les associations : Cass. 2ème civ. 03 janv. 1985 : pourvoi n° 83-13421, RTD com. 1985 p. 325, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN – Cass. 1re civ. 04 avr. 1991 : Bull. civ. I, n° 111, RTD com. 1991, p. 415, obs. E. ALFANDARI – Cass. 3ème civ. 04 oct. 1995 : Bull. civ. III, n° 214, Rev. soc., 1996, p. 102, note Y. GUYON, RTD com. 1996, p. 88, obs. E. ALFANDARI ; JCP G 1995, IV, 2415 – Cass. 1re civ., 13 mars 2007 : pourvoi n° 05-21658.

l'apurement du passif[230]. Ainsi, la société en liquidation dont l'activité serait poursuivie dans les conditions de l'article L. 237-24 du Code de commerce pourrait se prévaloir de la protection contre les clauses abusives alors-même qu'elle conserverait la qualité de société commerciale et effectuerait toujours des actes de commerce[231]. La raison en est que ses actes n'ont plus pour objectif le développement ou la protection contre les risques liés à l'activité, mais la liquidation de la personne. On serait alors en présence d'une personne morale toujours commerçante, mais non-professionnelle pour l'ensemble de ses actes entrant pourtant par leur objet dans l'activité professionnelle passée, ce qui paraît pour le moins absurde. En pareil cas, la Cour de cassation se verra de nouveau obligée de faire œuvre quasi-législative en excluant ès-qualité ces sociétés toujours commerciales, mais sans activité professionnelle. On franchit ici un palier dans l'absurde car une personne morale en liquidation, non-professionnelle en application du critère finaliste serait tout de même exclue des protections consuméristes.

108. En dépit des critiques, le critère finaliste perdure et s'ancre toujours plus en jurisprudence. Il semble que la raison d'être de cette conception résulte de considérations de politique juridique.

§ 2 – Une conception relevant de considérations de politique juridique.

109. Concevoir le critère d'application de certaines dispositions consuméristes en se fondant sur la cause objectivée du contrat trouve sa raison d'être dans le refus de distinguer entre les actes effectués par une personne morale d'autant plus s'il s'agit d'une personne morale commerçante (A). Cependant, une remise en cause

230 A. BOUILLOUX, La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, Rev. Soc. 1994, p. 393 ; E. BORONAD-LESOIN, La survie de la personne morale dissoute, RTD com. 2003, p. 1, spéc n° 19.

231 Cass. com. 04 juil. 1960, Bull. civ. 160 n° 270 – 12 fév. 1969 D. 1969 p. 377, obs. A. PIROVANO, lequel relève à propos des sociétés commerciales qu' « en fait la personnalité juridique de ces sociétés, tant qu'elle subsiste, conserve de manière indélébile la marque commerciale, (...) ». V. également A. BOUILLOUX, art. préc.

partielle de l'unité du régime des actes de commerce apparaît acceptable (B).

A – La conception finaliste comme extension de la règle de l'accessoire subjectif.

110. Unité du régime des actes de commerce. Le droit commercial est un droit dérogatoire au droit commun. Pour assurer la pleine effectivité de cette dérogation et en simplifier l'application, la règle de l'accessoire commercial subjectif a été édictée. Cette conception de l'accessoire tend à établir un lien entre un acte et une activité. Elle prend appui sur le but de l'acte qui doit résider dans l'activité commerciale[232]. Ainsi, l'accessoire subjectif permet d'étendre l'application du régime du droit commercial à des actes effectués pour les besoins de l'exploitation commerciale mais qui ne sont pas des actes de commerce par nature[233]. Par conséquent, cette règle trouve son fondement pratique dans ce qu'elle rend notamment possible de « regrouper toutes les actions d'un commerçant devant une même juridiction : le tribunal de commerce »[234]. Il en résulte donc que le régime des actes de commerce par nature ou par accessoire est considéré comme unitaire. Cette unité est renforcée pour les personnes morales par le principe de spécialité. Par conséquent, l'ensemble des actes passés par une personne morale commerçante, par son objet ou sa forme, sont considérés comme des actes de commerce.

111. Crainte de perturbation de cette unité par le droit de la consommation et extension de la règle de l'accessoire subjectif. A n'en pas douter, l'irruption de certaines règles consuméristes de protection dans cet édifice occasionnerait des changements, portant par là-même atteinte à l'unité du régime des actes de commerce. Dans cette optique, Mme Sauphanor-Brouillaud a estimé que l'adoption d'une conception large de la notion de consommateur et notamment son usage à propos de certains professionnels serait susceptible d'opérer « un

232 L. DUCHANGE, Des actes de commerce par relation, thèse, 1900, Paris, cité *in* N. SAUPHANOR, thèse préc. p. 87.

233 G. GOUBEAUX, La théorie de l'accessoire en droit privé, thèse, Bibliothèque de droit privé, t. 93, Paris, LGDJ, 1969, préface D. TALLON, n° 311.

234 M. de JUGLART et B. IPPOLITO, Droit commercial premier volume, 3ème éd. par E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, Paris, Montchrestien, 1979, n° 81 p. 225.

bouleversement de la logique interne du droit commercial »[235]. Cette crainte semble avoir été entendue, si bien que la protection des personnes morales par le droit de la consommation semble être une cause perdue[236]. La compréhension finaliste du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle semble inapte à offrir de telles protection aux personnes morales. Elle apparaît comme une généralisation à toutes les personnes morales de la règle de l'accessoire subjectif. À la manière de la qualité de commerçant, la qualification de professionnel semble jouir d'une « force gravitationnelle » soumettant des actes étrangers ou tout au moins éloignés de l'activité professionnelle au même régime juridique au regard du droit de la consommation que les actes de celle-ci. Cette généralisation de l'accessoire subjectif ne sert pas à soumettre un acte à un régime dérogatoire du droit commun, mais à exclure l'application de ce régime dérogatoire à un acte et donc à une personne. Ainsi, l'interprétation restrictive du rapport direct avec l'activité professionnelle faite par la Cour de cassation interfère peu avec l'édifice longuement érigé du droit commercial et tend même à le soutenir.

112. Exclusion des sociétés commerciales. La situation des sociétés commerciales procède de cette même logique. Une jurisprudence les exclut tout simplement du champ d'application de divers consuméristes[237]. L'origine de cette jurisprudence paraît se trouver dans des considérations de politique juridique tendant à maintenir la logique « attrape-tout » du droit commercial. Dans ces arrêts, la première chambre civile et la chambre commerciale n'ont pas pris la peine de mentionner le critère finaliste, celui-ci semblant présumé à l'égard des sociétés commerciales[238]. Cette exclusion subjective résulte du raisonnement

---

235 N. SAUPHANOR, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, thèse, Bibiliothèque de droit privé, t. 326, Paris, LGDJ, 2000, n° 136, p. 92.

236 J. AMAR, Une cause perdue la protection des personnes morales par le droit de la consommation, Contrats conc. consom. 2003, chron. n° 5.

237 Cass 1re civ. 11 déc. 2008 : pourvoi n° 07-18128, Contrats conc. consom. 2009, comm. 69, obs. L. LEVENEUR ; JCP E 2009 p. 1278, obs. G. RAYMOND – Cass com. 06 sept. 2011 : pourvoi n° 10-21583, Bull. 2011, IV, n° 127 ; D. 2011 p. 2198, obs. X. DELPECH ; JCP E 2011 p. 1716 ; pourvoi n° 10-21584, inédit – CA Lyon 1re ch. civ. A, 19 janv. 2012 n° de RG: 10/03030.

238 Ce raffinement de la détermination du champ d'application des protections consuméristes n'est qu'une simplification partielle de la tâche dévolue aux juges du fond. Une extension de la solution à d'autres personnes morales commerçantes s'avérerait possible. On pourrait très bien concevoir son utilisation à l'égard d'un groupement d'intérêt économique à objet commercial, la juridiction n'aurait alors qu'à rechercher cette qualité. Aussi, pour les autres

suivant. Quel que soit leur objet, l'activité des sociétés commerciales par la forme est commerciale, et le principe de spécialité leur interdit d'agir hors de leur objet statutaire. Par conséquent, elles ne sauraient œuvrer qu'en rapport direct avec leur activité professionnelle, quand bien-même ce serait pour leurs fournitures de biens et services. Dès lors point ne serait besoin de rechercher la cause ou le mobile professionnel de l'acte en question, ce qui justifierait la disparition de l'expression « rapport direct ».

113. Dans une certaine mesure, il semble néanmoins que l'unité du régime des actes de commerce puisse être remise en cause.

B – Une remise en cause acceptable de l'unité du régime des actes de commerce.

114. L'unité du régime des actes de commerce source de déséquilibres contractuels. Même si l'on ne peut qu'y adhérer sur le principe, cette crainte d'une déstabilisation de l'édifice du droit commercial nous paraît néanmoins exagérée. En effet, une dose de droit de la consommation serait apte à rétablir une certaine justice contractuelle et une forme d'équilibre au sein de contrats passés pour les besoins de l'activité commerciale. Ce rôle peut parfois être assuré par le biais du droit commun comme en témoigne l'utilisation de la notion de cause par la chambre commerciale dans son célèbre arrêt *Chronopost*[239] qui sanctionne en la réputant non écrite, sanction de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, la clause limitative de responsabilité dans le cas où elle se trouverait en contradiction avec la portée de l'obligation essentielle du contrat. Largement commenté, cet arrêt permet de priver d'effet des clauses qui auraient

---

personnes morales, et notamment pour les groupements d'intérêt économique à objet civil, les magistrats devraient semble-t-il continuer à rechercher le rapport direct avec l'activité professionnelle. Voilà une belle démonstration de rationalisation de la jurisprudence qui voudrait qu'au sein d'une même catégorie de personnes morales, les juges soient contraints d'appliquer un critère différent selon que le groupement d'intérêt économique a un objet commercial ou non.

239 Cass. com. 22 oct. 1996, pourvoi n° 93-18.632, D. 1997, somm. 175, obs. P. DELEBECQUE ; RTD civ.1997 p. 418, obs. J. Mestre ; D. 1997, jur. p. 121, note A. Sériaux ; JCP 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Contrats conc. consom. 1997, comm. 24, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; P. DELEBECQUE, D. Aff. 1997, chron. 235 ; C. LARROUMET D. 1997, chron. 145.

pu être considérées comme abusives au sens des dispositions consuméristes. L'appel au droit commun constitue dans ce cas la démonstration de l'insuffisance du droit commercial à sanctionner certaines pratiques contractuelles et il est incompréhensible d'écarter le droit de la consommation pour aboutir à un résultat assez semblable.

115. Gravité discutée des conséquences : la coexistence de deux régimes juridiques applicables à une même activité. L'argument portant sur le bouleversement que le régime des actes de commerce serait susceptible de subir peut être minimisé. Il apparaît en premier lieu que la notion de rapport direct est présente dans d'autres domaines que le droit de la consommation. Des enseignements peuvent en être tirés. Certaines personnes morales voient les actes de leur activité soumis à un régime, non pas unitaire, mais distributif selon qu'ils ont un rapport direct ou indirect avec l'activité exercée. La doctrine administrative a notamment eu l'occasion d'user de l'expression de lien direct et il semble bien que la conception finaliste soutenue par une partie de la doctrine privatiste et tendant à l'unité du régime juridique des actes effectués dans le cadre de l'activité professionnelle n'y ait pas court. Aussi, le Professeur Eckert estime-t-il à propos du régime des contrats de l'administration que « si l'action de l'administration s'inscrit toujours dans la réalisation de l'intérêt général, y compris lorsqu'elle conclut des contrats de droit privé, il n'en reste pas moins que cette implication connaît des gradations. Certains contrats sont directement en lien avec l'intérêt général, d'autres beaucoup plus indirectement, en ce qu'ils se contentent, par exemple, d'être des instruments de gestion du patrimoine des personnes publiques »[240]. Il ressort de cette citation que l'intérêt général fonde l'action de l'administration. Il est son but. Mais à notre avis, il convient de ne pas se méprendre sur l'utilisation ultérieure du terme d'intérêt général. Il semble qu'il revête un sens différent dans la première et dans la seconde phrase. En effet, la première référence à l'intérêt général paraît éliminer toute possibilité de comprendre la seconde phrase comme un appel à la finalité des contrats de l'Administration. Cela n'aurait en effet pas de sens compte tenu du principe de

240 G. ECKERT, Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs. Contrats et Marchés publ., 2010, étude n° 9. spéc. n° 29.

spécialité qui s'applique à toute personne morale. Il en résulte que l'intérêt général de la seconde phrase ne peut être entendu que comme l'activité d'intérêt général, ce qui fait moins référence à la finalité du contrat qu'à l'objet agrégé de l'activité et regroupé sous ce terme. Ainsi comprise, la seconde phrase prend un tout autre sens qu'à première vue et permet de concevoir la gradation évoquée. Dès lors, on comprend bien que les contrats de l'administration en rapport direct avec l'activité d'intérêt général soient soumis par principe à un régime de droit administratif et que les contrats qui n'y sont qu'indirectement liés puissent dans certains cas relever du droit privé. Cela démontre que la coexistence de deux régimes juridiques applicables à l'activité d'une personne n'est ni inconnue, ni un problème conceptuel en soi insurmontable.

116. Peu de textes évoquent le non-professionnel. En second lieu, il de fait que les textes usant de la qualification de non-professionnel ne sont pas pléthoriques mais peuvent néanmoins avoir vocation à s'appliquer en pratique à de nombreux contrats. Mais soyons clairs, il n'est aucunement question de retirer leur qualification commerciale ou civile aux actes indirectement en rapport avec l'activité professionnelle, parmi lesquels se trouvent les actes de commerce par accessoire. Il ne peut être nié que ces actes sont passés pour les besoins de l'activité commerciale et en constituent par conséquent les accessoires. Il s'agit simplement d'instiller l'application de quelques règles protectrices qu'aux contrats simplement utiles à l'exploitation commerciale et non aux contrats de l'activité commerciale[241]. De la sorte, le régime des actes de commerce apparaîtrait certes comme moins monolithique.

117. Exceptions du droit commercial à l'unité du régime des actes de commerce. En troisième lieu, il convient de constater que l'unité du droit commercial est un édifice dont les briques n'apparaissent pas aussi solidement jointes qu'on veut bien l'admettre. Tout d'abord, et comme pour tout principe, il existe des exceptions à l'application du régime des actes de commerce. Dans certains cas, il est refusé de tirer toutes les conséquences courantes de la

241 Sur cette distinction : *cf. infra* n° 209 et s.

commercialité de certains actes pourtant passés par une personne morale commerçante par la forme. Il existe en effet des exceptions à la compétence des juridictions commerciales, concernant certaines sociétés à forme commerciale mais à objet civil. Par exemple l'article L. 721-5 du Code de commerce[242] dispose que « les tribunaux civils sont seuls compétents » lorsque dans une action, l'une des parties est une société d'exercice libéral[243]. Ce texte s'applique quand bien même ladite société aurait une forme de société commerciale.

118. Insuffisances du régime des actes de commerce comblées par le droit commun. Ensuite certaines décisions de la Cour de cassation, sans faire appel au droit de la consommation, remettent en cause cette unité de régime par le biais du droit commun pour combler certaines insuffisances ou abus de la plus grande liberté contractuelle dont jouissent les commerçants pour les besoins de leur activité. Par exemple, la jurisprudence relative aux clauses d'aménagement de la garantie des vices cachés entre professionnels de même spécialité a vocation à être appliquée largement tant à l'égard des commerçants qu'à l'égard des non-commerçants à des clauses qui seraient déclarées abusives sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. En se fondant sur la spécialité des parties à la vente et donc sur une comparaison entre l'objet de la vente à l'objet de l'activité, la Cour de cassation opère une distinction entre les actes de commerce. Ceux qui n'entrent pas dans la spécialité du commerçant sont des actes de commerce par accessoire, c'est-à-dire ceux qui sont en relation avec l'activité sans y être pleinement intégrés. Par cette œuvre prétorienne issue du droit commun de la vente, la Cour de cassation remet ainsi partiellement en cause l'unité du régime du droit commercial. Ainsi, certaines ventes commerciales d'une même personne peuvent voir les prévisions contractuelles en matières de garantie des vices cachés annulées, indépendamment de la qualité des parties au contrat, mais en raison de leurs spécialités respectives.

119. Caractère artificiel de l'unité du droit commercial. Dès lors qu'elle existe déjà, l'argument tiré d'une perturbation radicale de l'unité du régime des actes de

242 Issu de la loi n° 90-1288 du 31 déc. 1990.
243 Pour simplifier.

commerce par l'application de certains textes consuméristes à des commerçants ne peut être sérieusement considéré, d'autant plus que sous certains aspects, elle paraît quelque peu artificielle. Pour preuve, il convient de se référer à la commercialité par la forme des sociétés mise en place dans le but d'étendre les procédures collectives aux grandes compagnies de la fin du XIX^{ème} siècle apparaît comme une véritable lame de fond sapant les fondations de la séparation entre activités civiles et commerciales. Seulement, compte tenu des diverses réformes des procédures collectives incluant de plus en plus de personnes morales de droit privé et au regard de son origine historique, la commercialité par la forme n'a peut-être aujourd'hui plus d'autre raison d'être que la force des habitudes de la pratique et apparaît plus que jamais une présomption adoptée sous le coup de certaines nécessités évanouies. La théorie de l'accessoire commercial subjectif confère également un caractère artificiel à l'unité du régime des actes de commerce en ce qu'il a été démontré qu'elle résulte de considérations de politique juridique[244]. L'extension d'une forme de l'accessoire subjectif sous la forme du critère finaliste à toutes les personnes morales procède de la même logique.

Conclusion du chapitre II.

120. Au bout du compte la conception finaliste du critère d'exclusion du champ d'application du droit de la consommation apparaît à certains égards déroutante. Tout d'abord, le choix du critère interpelle quelque peu, il trouve son origine dans un texte réservé aux personnes physiques et est appliqué indistinctement aux deux types de personnes juridiques. Ensuite, il est complexe à appréhender, la Haute juridiction ayant abandonné trop tôt son contrôle sans avoir suffisamment précisé la signification des termes du critère. Dans le même temps, la conception finaliste se révèle à l'examen incapable de permettre à la personne morale non-

244 G. GOUBEAUX, La règle de l'accessoire en droit privé, thèse préc. n° 7.

professionnelle d'émerger. Cette incapacité résulte d'une part du critère en lui-même, mais également des raisons logiques ayant conduit à cette conception. Ces raisons relèvent d'impératifs de politique juridique voire d'un opportunisme dérangeant. Cependant, toute la question est de savoir si la cohérence d'un régime juridique doit primer sur une forme d'équilibre contractuel, sur un ordre public de protection.

Conclusion du titre I

Présomption de « professionnalité »

des personnes morales.

121. Protection problématique des personnes morales en droit de la consommation. Ainsi qu'il a été abordé, les personnes morales peuvent être protégées dans bien des situations, sur les fondements les plus divers et la plupart du temps sans difficultés en l'état actuel du droit. En revanche, leur protection par le droit de la consommation s'avère plus complexe. Un premier problème est la dimension européenne de ce droit en ce qu'elle comporte des distorsions entre d'une part les textes communautaires et les législations nationales qui, pour certaines d'entre elles[245], admettent la protection des êtres

245 On pense à la législation espagnole au travers de la loi dite loi générale pour la défense des consommateurs et usagers refondue en 2007. Elle définit clairement, dans son article 3 al. 2 modifié par la loi du 27 mars 2014, le consommateur ou utilisateur comme la personne morale agissant sans but lucratif dans un domaine étranger à une activité commerciale ou d'entreprise. Texte disponible en version originale: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555&b=13&tn=1&p=20140328#a3

moraux et d'autre part la jurisprudence de la Cour de justice qui leur refuse la qualification de consommateur. Nous l'avons vu, d'autres séries de difficultés relèvent du seul droit interne telles que l'absence de consensus lors du vote de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la terminologie de la qualification de la personne à protéger et qui s'est aujourd'hui soldée par la dissociation des notions de consommateur et de non-professionnel. À cela s'ajoute l'absence de définitions des critères des notions de professionnel et de non-professionnel. Autre source d'incertitude, l'insécurité juridique liée à la conception du critère proprement dit. Recherchant une cohérence interne au droit de la consommation que, par l'usage du procédé de la codification à droit constant, le législateur ne semble pas avoir souhaitée, la Cour de cassation a étendu le champ d'application du critère posé en matière de démarchage, mais avec une conception qui ne favorise en aucune manière la protection des personnes morales.

122. Présomption de « professionnalité » pour les personnes morales et présomption prétorienne de « non-professionnalité » de l'acte à fonction mixte passé par une personne physique. En définitive, l'exclusion subjective des sociétés commerciales[246] participe des mêmes considérations de politique juridique[247] que la conception finaliste du critère du rapport direct de protection du droit commercial. Elle aboutit au même résultat, la quasi-impossibilité pour les personnes morales de se prévaloir de protections consuméristes. La Haute juridiction a donc trouvé une cohérence d'ensemble avec le droit commercial et semble à certains égards considérer qu'il existe une véritable présomption de « professionnalité » des personnes morales. Cette présomption contraste avec la situation des personnes physiques pour lesquelles il semble exister une

246 Déjà utilisée pour un commerçant personne physique et l'association de la disqualification directe subjective au critère finaliste : Cass. 1re civ. 21 fév. 1995, JCP G 1995, II, 22502, note G. PAISANT. Contrats conc. consom. 1995, n° 84, L. LEVENEUR. – Pour une personne morale : Cass. com 23 nov. 1999, Bull. civ. IV, n° 210 : « (…) la cour d'appel (...) a relevé que le contrat avait été conclu entre deux commerçants dans le cadre de relations professionnelles habituelles, ce dont elle a déduit que l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne trouvait pas à s'appliquer (…) ». La mention des relations professionnelles habituelles ne paraissant être qu'une redondance compte tenu de la qualité de commerçant des parties.

247 Comme l'accessoire commercial subjectif, *cf.* G. GOUBEAUX, La règle de l'accessoire en droit privé, th. préc. n°7.

présomption inverse. Ainsi un acte destiné à remplir une fonction mixte[248], c'est-à-dire à la fois professionnelle et personnelle, permettra le plus souvent, et au vu des rares arrêts rendus en la matière, à la personne physique de bénéficier de la protection consumériste. En effet, on peut relever tout d'abord qu'en matière de crédit à la consommation, la seule mention de la profession d'une personne physique n'implique pas, en l'absence d'autres prévisions, que le prêt ait été consenti afin de financer une activité professionnelle[249]. Il existe des illustrations plus signifiantes dans le cas de contrats relatifs à des dispositifs de télésurveillance. Ainsi la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a pu considérer que de tels contrats destinés à la protection d'un immeuble abritant le cabinet d'un avocat ainsi que son domicile était dépourvu de rapport direct avec cette activité professionnelle[250]. De même, la Cour de Rennes a considéré les dispositions sur le démarchage à domicile applicables au contrat de location de matériels de télésurveillance destiné à la protection d'une part de l'activité professionnelle d'un artisan exercée sous la forme d'une EURL et d'autre part à celle du domicile de la personne physique[251]. Dans cette optique une autre affaire apparaît étrange de prime abord. Un contrat de télésurveillance a usage mixte a été considéré en rapport direct avec l'activité professionnelle d'un bijoutier, bien que le contrat visait également la protection du domicile du souscripteur. Mais a bien y regarder, cette solution semble s'expliquer par la spécificité de la profession de bijoutier dans laquelle les contrats de télésurveillance constituent des actes d'exploitation courants ne plaçant pas a priori le contractant dans un état de dépendance économique ou technique[252].

123. La « professionalité » légale des personnes morales par leur exclusion du bénéfice de certains textes. Cette opinion relative à l'existence d'une véritable présomption de « professionnalité » des personnes morales n'est pas seulement tirée de quelques exemples de jurisprudence. Exception faite de ses

248 Mme SAUPHANOR-BROUILLAUD évoque en pareil cas l'usage mixte, à distinguer de l'acte mixte du droit commercial, *cf. op. cit.*, spéc. n° 104 et s.

249 CA Versailles, 1er déc. 1995, JCP G 1996, IV, 247.

250 CA Aix-en-Provence, 26 mai 2005, JurisData n° 2005-279542.

251 CA Rennes ch. 1 sect. B, 28 sept. 2006, JurisData n° 2006-315027.

252 CA Grenoble ch. com., 26 fév. 2004, JurisData n° 2004-251959, préc.

articles L. 121-85, L.132-1 et L. 136-1, le Code de la consommation réserve ses protections aux personnes physiques. Le critère d'exclusion de la majeure partie du Code est, depuis la loi Hamon du 17 mars 2014[253], la nature de la personne. Si l'on pousse le raisonnement plus avant, il peut être soutenu que d'autres textes, réservés aux personnes physiques tels par exemple l'article L. 34-5 alinéa 1er du Code des postes et des communications électroniques portant sur les communications commerciales non-sollicitées [254] ou la loi n° 78-17 relative à l'informatique, au fichiers et aux libertés, participent en partie de cette même logique. Enfin, la jurisprudence relative aux bordereaux de cession de créances professionnelles va également dans le sens d'une présomption de « professionnalité » des personnes morales[255].

124. Restera à connaître la force de cette présomption et si elle sera identique pour l'ensemble des personnes morales.

253 *Cf. supra* n° 38.

254 N. MATHEY, Le commerce électronique dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Contrats conc. consom. 2004, étude 13, spéc. note 14.

255 Cass. com. 03 janv. 1996, Bull. civ. IV, n° 3 ; D. 1996, IR. 46 ; D. Affaires 1996. 231. La chambre commerciale considère que les cessions dites « Dailly » sont valables entre personnes morales. De la sorte, la vérification que la créance est bien née dans l'exercice de l'activité professionnelle des parties ne s'impose que lorsque l'une d'elles est une personne physique

Titre II

La conception renouvelée

de la personne morale non-professionnelle.

125. L'étrangeté de l'arrêt du 15 mars 2005... En énonçant que la notion de non-professionnel *pouvait* être appliquée à des personnes morales, la Cour de cassation n'a peut-être pas soupçonné toutes les implications théoriques que sa décision du 15 mars 2005 était susceptible d'engendrer. En effet, reconnaître qu'un être moral puisse avoir une activité qui pourrait être considérée dans certains cas comme non-professionnelle laisse entrevoir une faille dans la conception moderne de la personnalité morale supposément purement fonctionnelle, ou plutôt qu'une faille, la nécessité d'une précision. Si la personnalité morale n'est autre chose qu'une technique d'autonomisation[256] ou d'opposabilité[257] d'une activité, il paraît pour le moins étrange de prétendre que

256 J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705.
257 G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, bibl. dr.

certains actes passés par une telle entité ne sauraient avoir de rapport direct avec son activité, d'autant plus si l'on prend en considération les règles de l'accessoire.

126. ... source de controverses. Pour des raisons de politique juridique, il apparaît que la jurisprudence résout cette contradiction en maintenant la conception monolithique de la personne morale par le recours à une conception finaliste du critère du rapport direct en droit de la consommation. Cependant, la question de la protection des personnes morales par certaines dispositions du droit de la consommation peut être appréhendée plus fondamentalement, ébranlant la représentation commune des personnes morales conçues comme des êtres purement fonctionnels. En effet, plusieurs membres de la doctrine parmi les plus autorisés ont pressenti l'existence et la cohabitation de contrats de l'activité professionnelle et de contrats relatifs à cette activité[258]. Malheureusement peu écoutée, cette position se révèle être en l'approfondissant un indice de l'existence d'un autre visage de la personnalité morale qui viendrait au soutien de la personnalité morale professionnelle. Cette dernière est le support, la personnification de l'activité principale. Nous appellerons par commodité ce nouveau visage de la personne morale, personnalité de fonctionnement. Ainsi, qualifier les personnes morales de non-professionnel impose un effort de conceptualisation et l'adoption d'une vision éclatée de ces personnes (Chapitre I). Une fois le démembrement de la personne morale opéré, une nouvelle conception du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle apparaît possible (Chapitre II).

priv. t. 253, Paris, LGDJ, 1997, spéc. n° 230 et s. p. 219 et s.

258 J.-L. AUBERT. obs. sous Cass. 1re civ. 03 mai 1988, D. 1988, somm., p. 407 – D. MAZEAUD obs. sous Cass. 1re civ. 30 janv. 1996 et 03 janv. 1996, D. 1996, somm., p. 325 ; L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, p. 95 s.

Chapitre I

La qualification de non-professionnel ou la personne morale décomposée.

127. Introduction. Les positions de la première chambre civile et de la chambre commerciale semblent se rapprocher quant au sort à réserver à la protection des personnes morales sur le fondement de certaines dispositions d'inspiration consumériste. Cela dit, les incohérences relevées de la conception du critère actuellement encore imposée par une majorité de formations de la Haute juridiction et justifiées par une partie de la doctrine semblent amener à repenser la personne morale. Celle-ci ne doit plus être perçue comme un seul et même bloc[259], mais plutôt de manière décomposée. Cependant, afin de repenser la personne morale de manière adéquate, il convient de raisonner à partir de son activité. En effet par la tendance à la concrétisation qu'elle implique, l'étude de la

259 Cette conception est héritée de la personnalité des personnes physiques, encore que par la technique d'affectation de patrimoine qu'est l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, ces personnes semblent en quelque sorte en mesure de bénéficier d'une facette fonctionnelle.

particularité du lien existant entre la personne morale et son activité (Section I) conduit à penser que cette tendance peut contribuer de manière efficace à l'avènement conceptuel de la personnalité morale non-professionnelle (Section II).

Section I

Le lien particulier entre la personne morale et son activité.

128. La raison d'être de la personne morale est son activité car sans elle, l'être artificiel est appelé à disparaître. En cela, il convient de constater l'existence d'un lien particulier entre la personne morale et son activité. Ce lien a été mis en valeur par une partie de la doctrine, mais son évidence est parfois encore contestée aujourd'hui. Quoi qu'il en soit, à l'étude de ses fonctions, l'activité des personnes morales apparaît posséder une double dimension qui peut être mise en valeur par une concrétisation graduelle.

129. Division. Il conviendra pour cela d'aborder la prise en compte par la doctrine de l'activité de la personne morale (§ 1), avant d'envisager la concrétisation graduelle de cette activité (§ 2).

§ 1 – La prise en compte par la doctrine de l'activité de la personne morale.

130. Un constat d'évidence s'impose : l'activité est la grande absente des théories de la personnalité morale qui se sont affrontées durant de nombreuses années. À bien y réfléchir, cette absence apparaît logique car, ni les théories de la réalité ou de la fiction et ni la théorie de la réalité technique ne sont aptes à régler cette question. En effet, elles ont au fond une optique commune qui tend vers l'attribution de la personnalité morale (A). Une théorie de la personnalité morale

peut cependant être utile : la théorie utilitariste qui opère une description de ce qu'est la personne morale (B).

A – Absence de l'activité dans les théories classiques de la personnalité morale.

131. Inefficacité des théories de la personnalité morale à décrire la personne morale. Dans un ouvrage relatif aux personnes morales, il est de coutume de faire un exposé complet des théories qui, depuis le XIX[ème] siècle, ont été élaborées sur ce sujet. Pourtant tel ne sera pas le cas dans ces quelques lignes, si ce n'est pour mettre en relief leur incapacité à fixer les contours des personnes morales. « La théorie de la réalité technique n'est (…), souligne très justement M. Wicker, qu'une théorie de la personnalité morale ; elle n'est pas une théorie de la personne morale », avant d'ajouter « (…) elle ne dit pas ce que sont les personnes morales »[260]. Cette observation paraît également valoir pour les théories aujourd'hui classiques de la fiction et de la réalité qui, en se préoccupant plus de la justification de l'attribution de la technique juridique de la personnalité morale, ne nous décrivent aucunement le contenu de la notion de personne morale, ou bien de manière très dogmatique[261].

132. Un rapide exposé. En passant sur les nuances entre les différentes théories, la controverse s'est cristallisée entre d'une part les tenants de la fiction et ceux de la réalité des personnes morales[262]. Cependant, le nœud gordien de cette querelle se trouve être la possibilité ou non de l'existence de sujets de droit autres que les personnes physiques. Pour les partisans de la fiction, seuls les êtres de chair et de sang sont des personnes juridiques. Les plus extrêmes pensaient que les personnes morales ne seraient qu'une erreur juridique, alors que pour d'autres, le

---

260 G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, bibl. dr. priv. t. 253, LGDJ, Paris, 1997 spéc. n° 227 et s., p. 217 et s.

261 G. WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit, *in* Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec 2009 p. 691, spéc. n° 9 p. 696. Citant Bruno OPPETIT, M. WICKER relève que ces théories, faisant appel à des concepts métajuridiques n'apportent « aucun éclaircissement substantiel sur la notion de personne morale ».

262 Pour un exposé condensé des divers courants : M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. 1 Les personnes, 2[ème] éd. revu par R. SAVATIER avec le concours de J. SAVATIER, LGDJ 1952, Paris, spéc. n° 66 et s.

législateur leur attribuerait par faveur la personnalité juridique compte tenu de leur utilité. Par opposition, ceux qui se sont ralliés aux théories de la réalité ont tenté de démontrer que personnes physiques et morales seraient de même nature et répondraient « à la même définition philosophique de la personne »[263]. Cette controverse aurait pris fin notamment grâce à la contribution de Michoud dans sa célèbre thèse[264]. Pour voir le jour, la théorie moderne dite de la réalité technique a dû libérer le concept juridique de personnalité des soubassements philosophiques dans lesquels les théories précédentes l'avaient emmurée. La personnalité juridique peut ainsi être définie techniquement comme l'aptitude à être sujet de droit, c'est-à-dire à être titulaire de droits subjectifs et d'obligations. Les droits subjectifs sont alors entendus comme des intérêts juridiquement protégés qui peuvent être collectifs et distincts de ceux des membres de la personne morale et dont la personnalité morale peut assurer la représentation et la protection.

133. Prémisse commune relative à l'accession à la vie juridique des entités. Cependant, on doit remarquer que toutes ces théories ont pour prémisse commune l'éventuelle admission au rang de sujet de droit d'autres « choses » que les personnes humaines et constituent donc des recherches relatives aux fondements présidant à l'attribution de la personnalité juridique[265]. Ainsi, leurs tenants ont dû faire remonter leur raisonnement pour certains jusqu'à la nature, fictionnelle ou réelle selon leur conviction, des personnes morales et pour d'autres par une sorte de « pirouette », mais à raison, au détachement du concept juridique de personnalité de ses fondements philosophiques. Dès lors, peut-on reprocher à ces théories ainsi qu'à ceux qui les ont édifiées et défendues de ne pas avoir décrit concrètement ce qu'est une personne morale au-delà de la question abstraite de sa nature ? À l'évidence non car telle n'était pas l'objet de leur étude. Or, le concept juridique de personnalité, fût-elle morale, n'est aucunement assimilable à la personne morale, la seconde étant la concrétisation, la traduction

263 *Idem*, spéc. n° 72.

264 L. MICHOUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 2ème éd. Par L. TROTABAS, Paris, LGDJ, 1924. 2 vol., Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1998.

265 Pour un exemple récent : N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit français, éléments pour une théorie, bibl. droit. priv., t. 410, LGDJ, Paris, 2004, favorable au « maintien de la référence à la personnalité juridique de l'homme », spéc. n° 457 s.

« matérielle » de la première. C'est très précisément ce qui ressort des définitions données à la personnalité morale et à la personne morale par les contributeurs du « Vocabulaire Juridique ». La personne morale y est définie comme un « groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète (...) », alors que la personnalité morale n'est que le « nom donné à la personnalité juridique des personnes morales »[266].

134. L'inefficacité des théories de la fiction, de la réalité et de la réalité technique : une impossibilité logique. On voit bien que l'inefficacité de ces doctrines de la personnalité morale à rendre compte de ce qu'est une personne morale relève de l'impossibilité logique. Il convient néanmoins de souligner l'avancée qu'a opéré l'avènement de la théorie de la réalité technique en ce qu'elle a permis de mettre en évidence deux éléments de la personnalité morale résidant dans l'existence d'un intérêt légitime et d'une organisation lesquels sont considérés comme des caractères invariables des personnes morales[267]. Cependant, si l'élément organisationnel de la personne morale ne fait aucun doute grâce à une compréhension immédiate et précise de ce que recouvre ce vocable, il n'en va pas de même de la notion d'intérêt légitime. Cette imprécision a de quoi surprendre. D'ailleurs, certains auteurs ont en conséquence considéré que le caractère quelque peu approximatif de la notion d'intérêt légitime ne la rendait pas apte à assurer « une identification certaine des personnes morales »[268]. Il semble dès lors que l'activité permettrait de décrire plus finement les personnes morales, sans pour autant qu'elle n'en ait le monopole.

B – La théorie utilitariste implique l'existence d'une activité de la personne morale.

135. Exposé de la démarche utilitariste. Depuis la fin du XX^{ème} siècle, un nouveau courant a vu le jour sous l'impulsion du Professeur Paillusseau[269]. Cette

---

266 G. CORNU, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, V° « Personne » ; « Personnalité ».

267 M. MENJUCQ, Personne morale, *in* Dictionnaire de la Justice, ss dir. de L. CADIET, PUF, Paris, spéc. p. 980.

268 G. WICKER, thèse préc., même paragraphe.

269 V. not. J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p.

doctrine tente d'expliquer la personnalité morale par son utilité. Visiblement inspirée des méthodes positivistes de Comte, la théorie utilitariste préconise en premier lieu de s'abstraire de toute référence à la personnalité des personnes physiques et de s'en tenir en second lieu à l'observation objective des faits[270]. Rompant avec les conceptions les plus répandues de la technique juridique de la personnalité morale en tant que résultante d'un groupement de personnes ou de biens, ou encore d'une affectation patrimoniale[271], M. Paillusseau soutient que la personnalité morale serait en réalité le fruit d'une volonté de donner une autonomie à une activité finalisée qui doit être légitime. En dépit des critiques que ce courant de pensée peut inspirer à certains[272], et bien qu'il ait conduit son raisonnement sur la personnalité morale et non sur la personne morale, il n'en demeure pas moins qu'il nous livre l'élément fondamental de description objectivement observable des personnes morales dans leur ensemble : l'existence d'une activité finalisée, pouvant n'avoir que vocation à exister mais devant, quoi qu'il arrive, être légitime. Il reprend également un second élément révélé par la théorie de la réalité technique : l'organisation, la structure d'accueil permettant de mener à bien ladite activité. Il est à noter qu'on retrouve cette vocation à la généralité de l'observation dans les propos de Mme Dumoulin lorsque, réfutant l'idée selon laquelle de leur grande variété résulterait une grande malléabilité de la notion de personne morale, elle constate que les êtres artificiels jouissent forcément d'une organisation et d'une finalité[273].

136. Qui dit personne morale, dit activité. Il en résulte donc que l'un des points communs à toutes les personnes morales est l'exercice d'une activité finalisée laquelle doit être, selon le Professeur Paillusseau, entendue de manière à la fois neutre et très large quant à sa nature, allant de l'activité industrielle, commerciale, de gestion d'un bien, à la défense d'un intérêt collectif[274]. Ainsi, pour résumer

---

705.

270 N. BARUCHEL, *op. cit.*, spéc. n° 348 s. p. 202 s.

271 J. PAILLUSSEAU, art. préc., spéc. n° 19.

272 N. BAURCHEL, *op. cit.*, spéc. n° 391 ; S. SCHILLER, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : Les connexions radicales, préf. F. TERRÉ, thèse, LGDJ., bibl. dr. priv., t. 378, Paris, 2002, spéc. n° 159.

273 L. DUMOULIN, art préc., spéc. n° 30 et 31.

274 J. PAILLUSSEAU, art. préc., spéc. n° 24 s.

l'étroitesse du lien entre activité et personnalité morale, une formule du type : « Qui dit personne morale, dit activité »[275] paraît parfaitement convenir en ce qu'elle inclut les deux dimensions de l'activité. Ce point de vue est appuyé par certaines opinions qui ont fait la jonction entre la description de la personne morale et l'attribution de la personnalité morale en estimant à juste titre que l'intérêt légitime, fondement de la théorie de la réalité technique, n'est rien d'autre que l'activité finalisée de la personne morale[276].

§ 2 – La concrétisation graduelle de l'activité finalisée de la personne morale.

137. L'évocation des grands courants doctrinaux a permis de révéler que la substance des personnes morales est double : activité finalisée et organisation. La seconde ne formant qu'une coquille vide en l'absence de la première, l'accent doit être mis sur l'activité des personnes morales. Cette activité revêt un double aspect (A), ce qui permet de la placer dans une gradation tendant vers une inscription toujours plus grande dans la réalité sensible (B).

A – La dualité des fonctions, caractéristique essentielle de l'activité des personnes morales.

138. Les deux fonctions de l'activité professionnelle de la personne morale. « La personnalité morale suppose [...] l'existence d'une activité qui lui sert de fondement et qui la justifie[277] ». La personne morale tire son utilité, et donc son existence, de son activité. Par conséquent, cette dernière est partie prenante d'une relation très particulière avec la personne artificielle laquelle ne constitue que son support juridique. En approfondissant, on peut constater que l'activité finalisée, possède deux dimensions ou remplit deux fonctions. La première dimension, au fond la plus évidente, est dynamique. Elle a pour fonction d'inscrire

275 En référence à la célèbre formule de FOUILLÉE.
276 N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse Université Panthéon-Assas Paris II, 2001, n° 204, cité par N. BARUCHEL *op. cit.*, n° 410 p. 232.
277 J. PAILLUSSEAU, art. préc., spéc. n° 23.

la personne morale dans l'action et est relative au contenu, à la définition et à l'exercice de l'activité finalisée, à son objet. La seconde dimension de l'activité finalisée de la personne morale est au contraire statique et n'est par conséquent plus centrée sur l'exercice de l'activité en tant que telle, mais principalement sur sa finalité[278]. La raison en est que du point de vue de l'activité de la personne morale, c'est la finalité et non simplement son objet qui détermine l'adoption de telle forme plutôt que telle autre, voire-même la requalification de la personne morale[279]. Cette seconde fonction participe donc à la construction du sujet de droit artificiel lui-même. La double dimension de l'activité professionnelle apparaît au grand jour dans l'expression plusieurs fois usitée en ces pages à titre de synonyme : « activité » « finalisée »[280].

139. De quelques Illustrations. Nul n'est besoin de multiplier les exemples, cette dimension structurante est aisément compréhensible. Il conviendra par conséquent de s'en tenir à quelques illustrations. On peut ainsi se référer à l'importance de la mention d'un objet social, lequel doit être licite et doit même être déterminé dans les statuts pour les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique[281]. Cette activité pourra être purement hypothétique pendant un temps ou même discontinue si l'on pense au cas de sociétés immatriculées en sommeil, mais hors fraude ou fictivité[282]. Les personnes morales conservent en principe leur personnalité durant « cette hibernation juridique »[283]. Il n'en va évidemment pas de même lorsqu'une personne morale n'a pas ou plus d'activité, que celle-ci soit terminée pour des raisons juridiques, telle l'illiciéité de l'objet[284] de la société ou de l'association, ou économiques. Ce défaut d'activité au sens large est sanctionné par la disparition de l'être moral au terme des opérations de

278 Nous verrons qu'en cas d'atteinte à la personnalité sociale, la fonction statique peut être également centrée sur l'objet de l'activité, mais seulement entendu comme information d'identification du sujet de droit artificiel, *cf. infra* n° 362.

279 Pour la requalification de sociétés en associations: M. BEHAR-TOUCHAIS, V° Association, Rép. civ. Dalloz, janv. 2003, spéc. n° 26 et s. p. 7 et s.

280 Les termes ont été séparés à dessein.

281 Art. 1833 du Code civil et L. 210-1 du Code de commerce.

282 G. NOTTÉ, Les sociétés en sommeil, JCP G 1981, I, 3022, spéc. n° 26.

283 Cl. CHAMPAUD, note sous Cass. 1re civ. 26 nov. 1975, RTD com. 1976, p. 109.

284 Qu'il s'agisse de l'objet statutaire ou même de l'objet réel : Cass. 1re civ. 16 oct. 2001, JCP 2002 II, 10022, note Y CHARTIER.

liquidation amiable ou judiciaire. C'est notamment le cas des êtres moraux constitués pour un objet déterminé[285], lorsqu'une mésentente des associés interdit en pratique la moindre activité sociale[286] ou encore en cas de fictivité de la société ne possédant pas d'activité propre et constituant en réalité une société écran[287]. C'est ainsi que dépourvu de contenu, le contenant juridique de l'activité, n'a plus d'utilité et doit être comme « effacé ».

B – Gradation de la concrétisation de l'activité finalisée.

140. La dimension dynamique de l'activité finalisée, un pas vers la concrétisation. Les deux fonctions ou dimensions de l'activité finalisée mettent en exergue un fait. La dimension dynamique se manifestant par l'objet déclaré de l'activité finalisée possède *de facto* un caractère plus concret que la dimension statique[288]. Cette concrétisation différentielle des fonctions ou dimensions de l'activité finalisée des personnes morales peut être mise en perspective avec l'activité réellement exercée par la personne morale au travers d'une gradation de la concrétisation de l'activité finalisée.

141. Gradation de la concrétisation de l'activité finalisée de la personne morale. Il apparaît ainsi qu'entre le choix d'une forme de personne morale par rapport à la finalité recherchée, l'objet déclaré et l'activité réelle, il existe un véritable échelonnement de ces facettes de l'activité finalisée en fonction de leur inscription dans le réel. Il y aurait donc une concrétisation graduelle de l'activité finalisée. Plus l'activité finalisée s'inscrit dans le réel, ou dans l'action et plus l'activité sera placée haut dans l'échelle. Le premier niveau de cette gradation est donc le plus abstrait. L'activité finalisée y est alors perçue seulement au travers de son but, c'est la dimension statique. Elle détermine donc le choix de la forme à donner à la personne morale. Le second niveau de concrétisation est constitué de la dimension dynamique, il s'agit donc de l'objet de l'activité tel que spécifié dans

---

285 Art. 1844-7 al. 2 du Code civil pour les sociétés, mais il peut en aller de même pour les associations ou toute autre personne morale.

286 Al. 5 du même article, CA Aix-en-Provence 26 juin 1984, D. 1985 p. 372, obs. J. Mestre.

287 CA Paris 07 juil. 1995, JCP E 1996 I, 541, n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

288 Ce qui ne signifie aucunement que la dimension statique ne puisse être concrétisée par le préjudice social. *Cf. infra* n° 398 et s.

l'acte fondateur de la personne morale. En principe, ce second niveau est en relation avec le troisième et dernier niveau de concrétisation de l'activité finalisée de l'être moral. Celui-ci est constitué par l'activité réelle.

142. Le lien particulier entre la personne morale et son activité a pu être mis en valeur par la doctrine. Elle confère son utilité à la personne artificielle. Cette activité des personnes morales, en ce qu'elle est finalisée, est investie de deux dimensions, l'une statique et l'autre dynamique. Ces deux dimensions ou fonctions peuvent être associées à une troisième dimension, l'activité réellement exercée, au sein d'une gradation de la concrétisation de l'activité. Il apparaît également que la concrétisation de l'activité finalisée peut être placée au service de la notion de personne morale non-professionnelle.

Section II
La concrétisation de l'activité finalisée au service de la personne morale non-professionnelle.

143. Il semble que la qualification de non-professionnel puisse avoir des répercutions théoriques sur le concept de personne morale. La gradation de la concrétisation de l'activité finalisée des personnes morales permet d'expliquer et fournit une solution à la contradiction fondamentale de la conception finaliste du critère. Cette conception concerne en réalité la personnalité fonctionnelle (§ 1). En jetant les bases jurisprudentielles d'une personnalité morale non-professionnelle, la Cour de cassation a ouvert notamment la voie à l'émergence d'une personnalité éclatée entre une personnalité de fonctionnement et une personnalité professionnelle (§ 2).

§ 1 – La personnalité fonctionnelle, cible avérée de l'exclusion des protections consuméristes.

144. Généalogie rapide de la notion de personnalité fonctionnelle. Dans son remarquable article sur les droits de la personnalité des personnes morales, Mme Dumoulin relève que les éléments principaux de la personnalité morale sont l'existence d'une finalité et d'une organisation. Après avoir exposé la nécessité d'une approche des droits de la personnalité distincte de celle relative aux personnes physiques, et par conséquent rejeté la méthode analogique, l'auteur fait notamment référence à l'existence d'une part fonctionnelle de la personnalité des êtres moraux laquelle comprendrait notamment pour les sociétés, l'objet social et plus généralement tous les moyens permettant la mise en œuvre de la finalité poursuivie[289]. La personne morale possède donc une dimension dynamique, sa personnalité fonctionnelle, qui constitue le second niveau de concrétisation de son activité finalisée. Elle réside par conséquent dans l'objet social ou statutaire que se sont donné les membres de la personne morale.

145. La personnalité fonctionnelle, cible erronée de la Cour de cassation. L'adéquation entre la conception finaliste et la notion d'objet social ou statutaire[290] établit que la Cour de cassation se réfère en réalité à la personnalité fonctionnelle des personnes morales pour juger de leur protection. Il en ressort que la personnalité fonctionnelle, comme résultante de l'objet déclaré de la personne morale se manifeste au travers des actes et contrats qui se trouvent en rapport, direct ou indirect, avec la ou les activités spécifiques réellement exercées. Ainsi dotée d'une force gravitationnelle démesurée, l'activité professionnelle est condamnée à engloutir à la manière d'un trou noir l'ensemble des actes accomplis par une personne morale. Il s'agira des actes de l'activité professionnelle proprement dite, c'est-à-dire ceux de son « cœur de métier », mais également de

289 L. DUMOULIN, Droits de la personnalité des personnes morales, Rev. soc. 2006, p. 1, spéc. n° 29 et s.

290 *Cf. supra* n° 78.

ceux que certains ont pu qualifier d'extérieurs à cette activité[291]. La conception finaliste s'avère par conséquent trop large parce qu'insuffisamment concrète pour protéger les personnes morales qui en auraient besoin. Un peu de pragmatisme aurait alors été appréciable. En commettant une telle méprise, la Cour de cassation ne peut que contredire sa propre proposition d'une protection des personnes morales par des dispositions visant le non-professionnel[292]. Afin de lever cette contradiction, il convient de se tourner vers le dernier échelon de la gradation de la concrétisation de l'activité finalisée des personnes morales[293].

§ 2 – La protection de la personne morale par la personnalité morale de fonctionnement, composante du dernier échelon de la concrétisation de l'activité finalisée.

146. Pour accorder ou non certaines protections consuméristes au moyen de la qualification de non-professionnel, la Cour de cassation pose consciemment ou non comme principe une distinction entre les actes qui se trouveraient en rapport direct et indirect avec l'activité professionnelle de la personne morale. Ainsi, il apparaît que la personnalité fonctionnelle résultant de l'objet social ou statutaire doive être scindée en deux nouvelles facettes aux contours plus étroits. Il semble en effet exister une personnalité de fonctionnement qui sera la particule élémentaire de la personne morale non-professionnelle (B). Sa distinction de la personnalité professionnelle se fera sur la base de l'activité réellement exercée (A).

---

291 D. MAZEAUD, note sous Cass. 1re civ. 30 janv. 1996 et 03 janv. 1996, D. 1996, somm., p. 325 ; Conception réitérée *in* L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, p. 95 et s.

292 *Cf. supra* n° 78. Pour Ch. BLANCHARD une société ayant pour raison d'être son objet social et celui-ci s'apparentant à l'exercice d'une profession, ainsi « le seul fait pour une société civile immobilière d'accomplir [son] objet l'exclut de la catégorie des non-professionnels », (note sous Cass. 3ème civ. 24 oct. 2012, D. 2013, p. 280).

293 La référence à l'objet social et donc à la personnalité fonctionnelle retrouvera une place dans l'exclusion de la personnalité fonctionnelle des protections au titre des droits de la personnnalité : C*f. infra* n° 291 et s.

A – L'activité réelle source des personnalités morales professionnelle et de fonctionnement.

147. L'activité professionnelle est l'activité réelle de la personne morale (1). Par contraste avec l'activité et donc la personnalité professionnelle, se dessine une personnalité de fonctionnement (2).

1 – Identité entre les notions d'activité professionnelle et d'activité réelle.

148. Les deux premiers niveaux de la gradation de la concrétisation de l'activité finalisée se révèlent incapables d'aboutir à l'avènement de la personne morale non-professionnelle. Pour sortir de la contradiction dans laquelle la Cour de cassation s'est enfermée, la seule solution est de gravir le dernier échelon de la gradation et de se référer à l'activité réellement exercée par la personne morale.

149. L'activité réelle déjà utilisée par Cour de cassation. Il convient de remarquer que dans différentes situations, le second niveau de concrétisation se révèle inapte à offrir des solutions satisfaisantes. Face à ces incapacités, la jurisprudence se tourne alors vers l'activité réelle. Ainsi en est-il en cas de recherche du caractère licite de l'objet des sociétés, lorsque l'objet déclaré ne concorde pas avec l'activité réelle de la société [294]. L'activité réelle des sociétés,

---

294 CA Toulouse, 03 avr. 1941 : JCP G 1942, II, 1954, note D. B. – CA Paris, 21 nov. 1951, S. 1952, 2, 105, concl. GEGOUT. – CA Lyon, 13 juin 1960 : RTD com. 1961, p. 617, obs. R. RODIÈRE ; D. 1961, jur. p.148, note GORÉ ; JCP G 1961, II, 12103, note BOITARD. – Cass. crim., 27 juin 1972 : JCP G 1973, II, 17335, note MAYER. – Cass. com., 12 déc. 1972 : Rev. soc. 1973, p. 306, note B. OPPETIT. – Cass. com., 18 juil. 1989 : Bull. Joly 1989, p. 803 § 289 ; RTD com. 1990, p. 36, n° 3, obs. Cl. CHAMPAUD ; JCP E 1990, II, 15677, n° 6, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Rev. soc. 1990, p. 598, obs. Y. CHAPUT. La validité actuelle de ces solutions pourrait être remise en cause par la jurisprudence Marleasing en ce qu'elle condamne la prise en compte de l'activité réelle dans la détermination de la licéité de l'objet social d'une société (CJCE, 13 nov. 1990, n° C/106/89, Marleasing SA et comercial internacional de alimentación SA : JurisData n° 1990-603676 ; Bull. Joly 1991, p. 190 § 59 ; RJDA 1991, n° 80, p. 76 ; JCP G 1991, II, 21658, note P. LEVEL ; Rev. soc. 1991, p. 532, note Y. CHAPUT ; JCP E 1991, I, 67, n° 3, obs. Y. REINHARD, S. DANA-DÉMARET et F. SERRAS – Pour une application et une déclaration d'incompatibilité de l'article L. 235-1 alinéa 1er du Code de commerce à la directive n° 68/151/CEE du 09 mars 1968 : CA Paris, 3ème ch., 21 sept. 2001 ; n° 1999/0002244, Escudié c/ SA 3001 Informatic : Dr. sociétés 2002, comm. 78 ; JurisData n° 2001-161190 ; JCP E 2002, 252 ; Bull. Joly 2002, p. 626, note M. MENJUCQ ; JCP E 2003, 35, Y. REINHARD ; Dr. et patr. 2002 n° 106 p.102, note D. PORACCHIA). Néanmoins, pour H. LÉCUYER, cette solution européenne serait restreinte aux seules sociétés de capitaux (note sous Cass. com.,

et plus largement des personnes morales[295], est également prise en compte pour la protection de la dénomination sociale[296] ou encore pour la recherche du caractère civil ou commercial d'une société[297]. Ainsi, l'activité réelle ne constitue pas une ressource inconnue de la jurisprudence française.

150. Bénéfices de l'activité réelle (1). Adaptabilité. En contradiction avec caractère potestatif de l'objet social déclaré, une conception « réaliste » de l'activité professionnelle, recherchée par le juge, aurait pour propriété « la plasticité de l'argile » pour reprendre l'expression de Cordonnier à propos de ce qu'il nomme « objet social »[298]. Ceci permettrait la protection des personnes morales qui en auraient véritablement besoin et corrélativement l'exclusion de celles passant habituellement certains contrats et en font profession. On peut notamment penser aux associations agissant au titre de la paracommercialité[299].

151. Bénéfices de l'activité réelle (2). Inutilité de la recherche d'activité principale. Il convient d'ajouter qu'entendre l'activité professionnelle comme activité réelle de la personne qui l'exerce, présente un intérêt notamment dans le cas d'activités professionnelles multiples exercées concurremment. Plusieurs recherches apparaissent inutiles notamment celles de l'importance relative de chacune d'entre elles au travers d'activités accessoires qui seraient le prolongement d'une activité considérée comme principale[300] ou encore la

---

11 juil. 2006 ; Dr. sociétés 2007, comm. 2).

295 Pour les associations : R. BRICHET, Associations et syndicats, régimes juridique fiscal et social, 6ème éd. Litec, 1992, Paris, spéc. n° 73. Par exemple concernant des associations en faveur de la chasse à la tourterelle en mai en Gironde : Cass. 1re civ., 16 oct. 2001, JurisData n° 011563 JCP G 2002, II 10022, note Y. CHARTIER.

296 Cass. com. 12 mai 2004 : pourvoi n° 02-15210 ; Rev. soc. 2004. 904, note J. PASSA – CA Paris, 21 oct. 2005, n° 04/17353 ; D. 2006. pan. 2319, obs. DURRANDE ; Paris, 09 nov. 2005, n° 04/16288, RTD Com. 2007, p. 345, obs. J. AZÉMA – 10 juil. 2012 : pourvoi n° 08-12010 ; D. 2012. p. 1955 ; Rev. soc. 2013, p. 49, note F. POLLAUD-DULIAN ; RLDA 2012, n° 77, 4337, obs. P. TREFIGNY ; RTD Com. 2013 p. 73 obs. J. AZÉMA.

297 CA Caen, 03 déc. 1971 : Gaz. Pal. 1972, 2, p. 496. – Cass. 3ème civ., 05 juil. 2000 : pourvoi n° 98-20821 JurisData n° 2000-002841 ; Dr. sociétés 2000, comm. 151 ; JCP E 2000, 1502..

298 P. CORDONNIER, L' « objet social », D. 1952 p. 171.

299 V. CA Versailles 08 janvier 2013, RTD com. 2013 p. 224, note B. SAINTOURENS, qui vient de reconnaître la qualité de commerçant à une association pour permettre l'application d'une clause attributive de compétence.

300 Qui conduit à l'occultation de l'une au moins des différentes activités exercées et à l'application d'un régime juridique unique, *Cf*. F.-X. VINCENSINI, La commercialité : recherche sur l'identification d'une activité, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM,

recherche de modifications de l'objet de la personne morale. Par exemple, pour la création d'un « point vidéo club » par un commerçant, la première chambre civile semble retenir l'activité réellement exercée indépendamment du caractère complémentaire de celle-ci[301]. On le voit, concevoir l'activité professionnelle comme l'activité réelle présente des avantages non négligeables.

152. L'activité professionnelle est l'activité sociale. Par conséquent, il apparaît préférable d'utiliser l'activité réellement exercée pour définir l'activité professionnelle. Plusieurs opinions doctrinales se sont exprimées en ce sens. Ainsi, Cordonnier exprimait en 1952 en écrivant que « si (...) la société est envisagée sous son aspect de personne morale, exerçant une activité de fait assez comparable à l'activité professionnelle d'un individu, on sera tenté d'appeler objet social les opérations effectives de la société »[302]. Dans sa thèse, M. Vincensini remarque que « la profession des êtres humains correspond à l'objet des personnes morales »[303] et ajoute en note que selon lui, l'activité professionnelle d'une personne morale correspond plus à l'objet réel qu'à l'objet statutaire[304]. Ce point de vue nous paraît fondé.

2 – La notion de personnalité morale de fonctionnement.

153. La personnalité morale de fonctionnement une idée ancienne. Il apparaît que l'identité entre activité professionnelle et activité réelle des personnes morales donne naissance, en creux à deux personnalités, en tant qu'opposabilité aux tiers, une personnalité professionnelle et une personnalité de fonctionnement. Ainsi, la personnalité morale de fonctionnement n'a conceptuellement rien d'une idée nouvelle. Elle accompagne les juristes depuis bien longtemps. Pour la découvrir, une idée simple résulte de la pure logique. Il apparaît en effet plus qu'évident que pour la détermination de l'activité réelle, professionnelle, il n'aurait aucun sens de se référer aux actes constituant des accessoires à cette activité. C'est la raison

---

1998., spéc. n[os] 56 et s., p. 48 et s.

301 Cass. 1[re] civ. 09 mai 1996 préc, Contrats conc. consom. 1996, comm. n° 117, obs. G. RAYMOND.

302 P. Cordonnier, L' « objet social », préc.

303 F.-X. VINCENSINI, *op. cit.*, spéc. n° 77.

304 F.-X. VINCENSINI, *op. cit.*, préc., spéc. n° 77.

pour laquelle l'activité réelle est déterminée à partir d'actes pouvant être agrégés[305] et constituant la ou les activités qu'on pourrait qualifier de principales, si cette recherche était utile[306]. Cependant l'activité professionnelle de la personne morale étant en règle générale sensiblement plus restreinte que l'objet statutaire, manifestation de la personnalité fonctionnelle, l'activité professionnelle exclut *de facto* un certain nombre d'actes connexes. Dès lors, on peut en déduire que le simple fait de se référer à l'activité réelle de la personne morale porte en lui-même une autre facette de la personnalité morale, une personnalité morale de soutien à l'activité réelle, la personnalité de fonctionnement. Par l'une de ses facettes, la personne morale exerce donc concrètement son activité professionnelle, la personnalité professionnelle et par la personnalité de fonctionnement, elle assure à cette activité professionnelle tout l'appui nécessaire à une bonne exécution, notamment au regard de certaines obligations.

154. La personnalité de fonctionnement par l'exemple. Par exemple, les matériels informatiques et logiciels de comptabilité permettent aujourd'hui pour les personnes morales commerçantes, notamment de se conformer à des impératifs légaux relevant soit de la vie interne de l'être fictif tels que la présentation et l'approbation des comptes sociaux[307], soit d'obligations vis-à-vis des tiers tels que la tenue d'une comptabilité, obligation incombant notamment aux commerçants en général[308] ou le dépôt au greffe du bilan comptable[309] en vue d'une publicité incombant aux sociétés commerciales. La tenue d'une comptabilité n'est pas seulement nécessaire aux sociétés commerciales, d'autres personnes morales en ont également l'obligation. Il peut s'agir des sociétés civiles et associations exerçant une activité économique[310]. Il est aisément compréhensible que de tels contrats ne se trouvent en rapport direct avec l'activité professionnelle d'une

305 Selon les modalités décrites *infra* n° 193.

306 cf. supra n° 151.

307 Pour les SA : art. L. 225-100, pour les SNC : art. L. 221-7, pour les SARL : art. L. 223-26 du Code de commerce.

308 Art. L. 123-12 du Code de commerce.

309 Art. L. 232-21 à L. 232-23 du Code de commerce tels que modifiés par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 pour les sociétés commerciales, les textes d'application étant les articles R. 232-19 à R. 232-21 du même code.

310 M. PETOT-FONTAINE, J. -Cl. Sociétés Traité, Fasc. 46-30 : COMPTES SOCIAUX. - Obligations comptables des sociétés civiles et des associations, LexisNexis, Litec.

personne morale que lorsque l'activité de celle-ci consiste précisément dans l'exercice de la profession d'expert-comptable. Pour la quasi-totalité des professionnels, ce type contrat n'est rien d'autre que la manifestation de la personnalité morale de fonctionnement. Il en va de même pour les contrats relatifs aux locaux de la personne morale, aux appareils de reprographie ou pour les distributeurs de denrées alimentaires, l'achat de fournitures et mobilier de bureaux, etc. En définitive, il y a tout lieu de penser que c'est à cette personnalité de fonctionnement que Messieurs Aubert[311], Guével[312], Vigneau[313] ou Pizzio[314] faisaient référence. Mais la formulation la plus complète paraît être celle de D. Mazeaud lequel fait allusion à des « contrats conclus à l'occasion de l'activité professionnelle [...], extérieurs à l'objet spécifique de cette activité à tel point que n'importe quel professionnel, pourrait les conclure en vue de l'exercice de sa propre profession »[315].

155. La personnalité de fonctionnement déterminable en fonction de l'activité professionnelle exercée. Il semble cependant que parler des contrats que passent n'importe quel professionnel soit, de par la généralisation que cela implique, quelque peu réducteur. La personnalité morale de fonctionnement se détermine en réalité en creux par référence à la personnalité professionnelle, par l'intermédiaire de l'application du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle. Bien évidemment, la personnalité de fonctionnement ici nommée plus que découverte n'est pas seulement relative à des contrats ; cette notion recouvre l'ensemble des actes réalisés au soutien de la personnalité professionnelle et ne faisant pas partie de l'activité professionnelle spécifique. A titre d'exemple, on pourra citer les marques, dessins ou modèles déposés et donc

311 V. Cass. 1re civ. 03 mai 1988, D. 1988, somm., p. 407, et les observations de J.-L. AUBERT évoquant des actes « simplement relatifs à l'activité professionnelle »

312 Au travers des « contrats usuels » passés par « n'importe quel professionnel » dont la banalité interdirait l'accès aux mécanismes protecteurs du droit de la consommation, idée formulée notamment par D. GUÉVEL, obs. sous Cass. 1re civ. 05 mars 2002, Gaz. Pal. 2003 somm. p. 1148.

313 Mettant en avant les contrats « dont l'objet n'est pas directement destiné à la mise en œuvre de [l'] activité professionnelle » (V. Vigneau, Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur, Gaz. Pal. 2002, doct. p. 1279).

314 J.-P. PIZZIO, note sous Cass. 1re civ. 01 déc. 1998, D. 2000, somm. p. 39.

315 D. MAZEAUD, obs. sous Cass. 1re civ. 30 janv. 1996 et 03 janv. 1996, D. 1996, somm., p. 325.

protégés, mais à la condition qu'ils n'entrent ou plutôt ne constituent ni l'essence de l'activité professionnelle de la personne morale, ni une nouvelle activité professionnelle.

156. La personnalité de fonctionnement est donc une notion concrète distincte de la personnalité professionnelle et qui se réfère au cadre de l'activité plutôt qu'à l'activité professionnelle en elle-même. Ainsi, la personnalité fonctionnelle inclut indubitablement d'une part la personnalité professionnelle et d'autre part la personnalité de fonctionnement. Cependant, il peut être constaté que si la personnalité de fonctionnement appartient à la personnalité fonctionnelle, elle n'en constitue pas moins un élément de la personnalité non-professionnelle de la personne morale.

B – La personnalité de fonctionnement, élément de la personnalité non-professionnelle.

157. La personnalité de fonctionnement est la particule élémentaire de la personnalité non-professionnelle (1). Dans un second temps, nous verrons que la personnalité de fonctionnement et sa protection sont des éléments de justice contractuelle à l'attention des personnes morales (2).

1 – Un élément essentiel de la personnalité non-professionnelle.

158. La reconnaissance d'une personnalité morale de fonctionnement, en tant que soutien de la personnalité professionnelle, ouvre une brèche dans la conception purement fonctionnelle et monolithique traditionnellement admise des êtres moraux héritée de la référence aux personnes physiques. Sans personnalité de fonctionnement, la personnalité non-professionnelle se trouverait dépourvue d'une part essentielle et logique de ses applications pratiques. Eu égard à la dimension dynamique de l'activité finalisée, elle serait alors destinée à demeurer une notion juridique quasiment inerte dont la vivacité résulterait principalement des soubresauts d'un débat doctrinal et parfois jurisprudentiel relatif à son existence. Pour être vivante, une notion ou qualification juridique doit avoir des répercussions sur la vie réelle. Or, pour ce qui est des autres éléments de la personnalité non-professionnelle, leur impact concret pourra être invoqué moins

souvent[316].

2 – La personnalité de fonctionnement élément de la justice contractuelle.

159. Il convient enfin d'indiquer que la personnalité de fonctionnement n'est pas seulement essentielle à l'égard de la notion de personnalité non-professionnelle. Elle l'est également relativement à la justice contractuelle, variante de la justice commutative[317], à l'égard des personnes morales. Les inégalités notamment économiques sont sources de contrats parfois gravement déséquilibrés entre professionnels fussent-ils personnes morales. L'effectivité de cette part de la personnalité morale serait une bonne chose ne serait-ce que parce qu'elle participe du mouvement d'apurement de certaines pratiques contractuelles abusives. Le droit de la consommation a débuté la lutte en la matière, mais une telle loi catégorielle s'est avérée forcément inadaptée à la situation des professionnels et personnes morales. Il a donc été indispensable de rechercher d'autres solutions.

160. Les clauses abusives et le droit commun : la cause. Le temps du dogme de l'autonomie de la volonté n'est plus, même à l'égard des professionnels. Ainsi pour lutter contre les abus dans les contrats entre professionnels, plusieurs méthodes ont été tentées comme l'appel aux notions de droit commun. Ainsi en a-t-il été de l'utilisation de la cause dans le célèbre arrêt Chronopost de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 octobre 1996[318]. Cette solution a été largement critiquée notamment à cause du rôle dynamique attribué à l'absence de

316 *Cf. infra*. seconde partie.

317 J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats *in* Archives de philosophie du droit, t. XXVI. L'utile et le juste, Paris, Sirey, 1981, p. 35.

318 Cass. com. 22 oct. 1996 : Contrats conc. consom. 1997 comm. n° 24, obs. L. LEVENEUR ; D. 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; somm. p. 175 obs. Ph. Delebecque ; Defrénois 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; JCP G 1997, I, 4004, obs. M. FABRE-MAGNAN ; J.-P. CHAZAL, théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com. 22 oct. 1996), JCP G 1998, I, 152.

Plus précisément sur la question du rôle attribué à la cause par cet arrêt : Ph. DELEBECQUE, Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? D. aff. 1997, p. 235 et s. ; Ch. LARROUMET, obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, D. 1997, p. 145. ; D. MAZEAUD, La protection par le droit commun, *in* Les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998, p. 33, spéc. n° 16 et s.

cause[319]. Certaines critiques se sont également portées sur l'illusion de la protection accordée notamment à cause de la difficulté de prouver l'abus, quand bien même l'un des contractants disposerait d'un pouvoir unilatéral de fixation de l'objet des obligations de l'autre partie[320].

161. Les clauses abusives et la personnalité professionnelle. Depuis la loi dite Loi de modernisation de l'économie du 04 août 2008[321] modifiant l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce, la personnalité professionnelle est également protégée des abus dans les contrats. Cet article interdit à « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » « de soumettre (…) un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». La sanction encourue consiste notamment dans des dommages et intérêts alloués au cocontractant victime. Il existe des doutes sur le domaine d'application de ce texte. On peut s'interroger en effet sur ce qu'il convient d'entendre par partenaire commercial. Le texte a été voté pour faire échec aux clauses de prix dans les relations juridiques des grandes surfaces et de leurs fournisseurs[322]. Il est donc question dans cet article de relations de distribution d'un produit. Ainsi, les contrats concernés, même dans les contrats relationnels[323] se trouvent être des contrats de l'activité professionnelle. Ainsi dans ce cadre, la personne morale peut parfaitement bénéficier d'une protection contre les obligations qui lui seraient imposées et préjudiciables en cas

319 D. MAZEAUD, art. préc., spéc. p. 45 n° 19.

320 *Idem*, p. 47 s., n° 23 s.

321 Loi n° 2008-776 du 04 août 2008 – X. DELPECH, LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives, D. 2008, act. Légis. p. 2220 ; D. FERRIER et D. FERRÉ, La réforme des pratiques commerciales (loi n° 2008-776 du 04 août 2008) ; Ch. VILMART et E. LEGUIN La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence JCP E 2008, 1997.

322 L'exposé des motifs de la loi semble être clair, il s'agit d'introduire d'avantage de concurrence dans les relations commerciales, dans l'intérêt du consommateur. Cependant certains voient dans le texte de la loi une possibilité d'élargissement : Ch. VILMART et E. LEGUIN art préc. spéc. n° 29 ; X. DELPECH art préc.

323 Le contrat relationnel est le contrat nécessitant une organisation complexe et originale qui s'inscrit dans la durée par lequel « les entreprises accomplissent effectivement l'exercice de leur exploitation et réalisent les bénéfices indispensables à l'existence et à la survie de leur activité ». Le lien contractuel s'inscrit dans la durée. Dans ces contrats, « l'individualisme fait place à l'interdépendance et l'antagonisme à la solidarité ». A. CATHIARD, L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, spéc. n^{os} 165 et 167, p. 159 et 161.

de déséquilibre significatif. Il apparaît donc parfaitement injustifiable que les personnes morales et autres professionnels ne soient pas prémunis contre les abus de leurs cocontractants dans les contrats dépourvus de rapport direct avec leur activité professionnelle. Cette protection des personnes morales non-professionnelles semble d'autant plus légitime que le Conseil constitutionnel, saisi sur question prioritaire de constitutionnalité, a estimé qu'il existait un lien ou plutôt une identité de conception entre le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce et l'article L. 132-1 du Code de la consommation[324].

162. Accroissement du rôle du juge. Que le contrat règlemente en détail une relation contractuelle de courte durée sur un avenir aisément prévisible, comme dans les contrats transactionnels, ou bien étendu dans le temps et chargé d'incertitudes comme dans les contrats relationnels fondés sur l'utilité, le juge va voir son rôle s'accroître considérablement dans les contrats entre professionnels dans les prochaines années. Cette intervention du juge dans le second type de contrat, qui sont souvent des contrats professionnels, va clairement à l'encontre de l'analyse économique du contrat, alors même que la sanction consistant dans l'allocation de dommages et intérêts au lieu de la nullité de la clause ou du contrat en son entier semblait prendre en compte cette analyse[325].

163. Ainsi, la personnalité de fonctionnement est un élément du mouvement plus général d'examen des dispositions contractuelles et n'admettant qu'un déséquilibre mesuré entre les obligations des parties. Enfin, la personnalité morale de fonctionnement et sa protection d'application élargie par certaines règles de droit de la consommation permettrait également d'éviter de « triturer » une notion de droit commun comme la cause, et de l'appliquer là où on ne l'attendait pas, notamment à la phase d'exécution du contrat[326].

---

324 CC. 13 janv. 2011, décision n° 2010-85 QPC. Contrats conc. consom. 2011, comm. 63, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; comm. 62, obs. N. MATHEY ; M. CHAGNY, L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce entre le droit du marché et le droit commun des obligations, D. 2011 p. 392. Sur le rapprochement avec le consommateur, V. déjà : M. MALAURIE-VIGNAL, Contrats conc. consom. 2008, repère 7. Comp. J. Sénéchal Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre siginificatif entre partenaires commerciaux, D. 2010, p. 1000.

325 A. CATHIARD, *op. cit.*, spéc. n° 170 p. 164.

326 Cass. com. 22 oct. 1996 préc.

Conclusion du chapitre I.

164. La mise en valeur de la relation entre la personne morale et son activité débouche sur un phénomène de concrétisation graduelle de cette activité finalisée. Cette concrétisation se décline au travers de son but, puis de son objet déclaré et enfin de l'activité réelle. En relevant la synonymie entre l'activité réelle de la personne morale et son activité professionnelle, cette concrétisation est à même de faire émerger à côté de la personnalité professionnelle, une personnalité de fonctionnement. Cette dernière est déterminée en contrepoint de la première. Elle est un élément de la justice contractuelle à l'égard des personnes morales aujourd'hui inévitable. La place de l'activité professionnelle dans la gradation de la concrétisation de l'activité finalisé impose de définir le critère de distinction entre personnalités professionnelles et de fonctionnement *in concreto*.

Chapitre II

Le critère de l'objet : une nouvelle conception du rapport direct avec l'activité professionnelle.

165. Introduction. S'appuyant sur une dimension concrète de l'activité finalisée, la conception démembrée de la personne morale est apte à accueillir conceptuellement la personne morale non professionnelle par l'avènement d'une personnalité de fonctionnement. En considération de ces adaptations théoriques, le critère doit être également réexaminé et réorganisé autour de l'activité réellement exercée par la personne morale. Aussi bien conviendra-t-il de définir le critère de l'objet (Section I) avant de s'interroger sur l'existence de personnes morales non-professionnelle par application de ce critère (Section II).

Section I
Définition du critère de l'objet.

166. Lien entre notion d'activité professionnelle et notion de rapport direct. Il apparaît que la conception adoptée de l'activité professionnelle influence grandement celle de la notion de rapport direct. Une conception *in abstracto* de l'activité professionnelle va donner lieu à un rapport plus indirect qu'une conception *in concerto*. Pour cette raison, il convient d'aborder en premier lieu la notion d'activité professionnelle des personnes morales (§ 1) avant de se concentrer sur le caractère direct du lien (§ 2).

§ 1 – La notion d'activité professionnelle des personnes morales.

167. L'activité manque de définitions. De prime abord, un constat s'impose : notre droit n'est pas un droit des activités. Certains auteurs ont relevé que la notion était appelée à gagner en importance[327]. Pour M. Vincensini, le droit de s'y intéresse pas[328]. Ce constat s'appuie notamment sur le fait que la plupart des textes s'appliquent par exemple à l'entreprise[329], aux diverses professions comme par exemple le commerçant[330], aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels pour les textes de droit de la consommation ou encore le producteur, l'industriel ou la personne immatriculée au répertoire des métiers[331]. Ainsi, l'effort remarquable du législateur matérialisé par les articles L. 311-1 al. 1er tel qu'issu de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 et L. 911-1 de l'actuel Code rural et de la pêche maritime définissant respectivement

327 J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705, spéc. n° 4.
328 F.-X. VINCENSINI, La commercialité : recherche sur l'identification d'une activité, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1998.
329 Art. L. 110-1 4°, 5° et 6° du Code de commerce, livre VI du même code.
330 Art. L. 121-1 du Code de commerce.
331 Art. L. 442-6 du même code.

l'activité agricole[332] et la pêche maritime[333] apparaissent bien esseulés[334].

168. Division. Avant de déterminer ce qu'il convient d'entendre par activité professionnelle des personnes morales (B), l'autonomie de la notion par rapport aux notions approchantes ainsi que les éléments doivent être étudiés (A).

A – L'autonomie et les éléments indifférents de l'activité professionnelle des personnes morales.

169. Les définitions traditionnelles sont inadaptées à l'activité professionnelle des personnes morales (1). En parallèle, l'activité professionnelle de ces personnes est autonome par rapport à des notions pourtant voisines (2). Enfin, certains éléments de la personne morale sont parfaitement étrangers à la définition de son activité professionnelle (3).

1 – Inadéquation des définitions traditionnelles de l'activité professionnelle des personnes physiques.

170. Transposition difficile. La notion d'activité professionnelle, élaborée principalement pour les personnes physiques s'accommode mal d'une transposition aux personnes morales, êtres fonctionnels. En ce que les définitions de l'activité professionnelle qu'ils proposent reposent en définitive sur la finalité de

---

332 « Sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent. Il en est de même des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle. Il en est de même de la production et, le cas échéant, de la commercialisation, par un ou plusieurs exploitants agricoles, de biogaz, d'électricité et de chaleur par la méthanisation, lorsque cette production est issue pour au moins 50 % de matières provenant d'exploitations agricoles. Les revenus tirés de la commercialisation sont considérés comme des revenus agricoles, au prorata de la participation de l'exploitant agricole dans la structure exploitant et commercialisant l'énergie produite. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret ».

333 « L'exercice de la pêche maritime, c'est-à-dire la capture des animaux et la récolte des végétaux marins, en mer et dans la partie des fleuves, rivières, étangs et canaux où les eaux sont salées, est soumis aux dispositions du présent livre qui s'appliquent également à l'élevage des animaux et à la culture des végétaux marins ».

334 On peut ajouter dans une moindre mesure l'article L. 410-1 du Code de commerce qui se réfère aux activités « activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. ».

l'activité exercée, ni le droit de la consommation, ni le droit commercial ne semblent adéquats pour une telle adaptation.

171. Droit de la consommation. En premier lieu, la signification de la profession au sens du droit de la consommation peut être révélée par l'opposition entre le professionnel et le consommateur. L'activité professionnelle est envisagée de manière négative comme une activité qui ne serait pas du ressort de la vie personnelle[335]. Énoncé autrement, le caractère professionnel d'une activité réside dans son but, sa finalité, lesquels ne sont jamais précisés. En droit européen de la consommation, les diverses directives fondent leurs définitions du consommateur sur la notion de finalité et la Cour de justice s'en est notamment fait l'écho en matière de protection contre les clauses abusives définissant le consommateur comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit **à des fins** qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »[336]. Cependant, une objection de taille fait obstacle à la possibilité d'étendre cette conception aux personnes morales. Elle s'appuie sur le postulat que le consommateur auquel le professionnel s'adresse est une personne physique qui a, en cette qualité, une autre vie que sa vie professionnelle, partant de considérations d'ordre socio-psychologique telles qu'une vie familiale, spirituelle, sociale. Cette vie extra-professionnelle constitue le but de l'activité professionnelle. Si la personne physique accède par son travail à une rémunération, c'est pour pouvoir se servir de ces deniers dans sa vie personnelle. Or une personne morale n'a pas *a priori* de vie personnelle, du moins au sens entendu pour les personnes physiques. Par conséquent du fait de son caractère fonctionnel, elle ne pourrait avoir d'autre activité que professionnelle et tous les actes qu'elle accomplirait auraient une finalité professionnelle[337]. Ce simple raisonnement suffit à démontrer que la définition de l'activité professionnelle élaborée en droit de la consommation ne saurait être transposée aux personnes morales. La jurisprudence dominante allant dans ce sens, on ne peut qu'être

335 L'emploi du vocable « vie privée » a été volontairement écarté.

336 CJCE, 22 nov. 2001, Sté Cape Snc c/ Idealservice Srl et Idealservice MNRE Sas c/ OMAI Srl, aff. C-541/99 et C-542/99, Contrats conc. consom. 2002, comm. 18.

337 Il s'agit ici de la finalité lointaine : *cf supra* n° 96 et s.

dubitatif face à la possibilité, envisagée dans l'arrêt du 15 mars 2005, d'ouvrir la protection contre les clauses abusives aux personnes morales par l'autonomisation du non-professionnel en tant que qualification juridique.

172. Droit commercial. Le droit commercial, au travers de l'activité commerciale, est d'une importance capitale pour qui étudie le concept de profession et surtout l'activité professionnelle. Au sens de ce droit, une activité devient professionnelle dès lors qu'elle est exercée « de façon professionnelle »[338]. C'est de ce sens dont il est fait usage à l'article L. 121-1 du Code de commerce lequel attribue la qualité de commerçant à la personne qui effectue des actes de commerce à titre de profession habituelle. Aussi, la qualification de commerçant, autre qu'attribuée par la forme de la personne morale, ne tient-elle pas seulement à une répétition d'actes de commerces. Plusieurs définitions ont été données de la profession en droit commercial. Dans une ancienne définition, la Cour de cassation a retenu qu'il devait s'agir d'une occupation sérieuse de nature à produire des bénéfices et à subvenir aux besoins de l'existence[339]. Si certains ont retenu la notion d'entreprise organisée ou bien l'existence d'une clientèle et d'un fonds de commerce[340], d'autres, dans la veine de la Haute juridiction, s'en tiennent au mobile de la personne qui exerce cette activité. À l'appui de sa définition de la profession et contrairement à une position doctrinale des plus autorisées en droit de la consommation, la doctrine commerciale retient fort logiquement au regard de la matière qu'elle est exercée dans le but d'en tirer profit[341]. Ainsi, la profession est une activité potentiellement[342] source de revenus. Il s'en déduit qu'elle revêt « un caractère lucratif qui manque à la seule habitude »[343]. Seulement, la lucrativité possède deux sens, l'un technique et l'autre courant[344]. La précédente citation fait

338 F.-X. VINCENSINI, *op. cit.*, spéc. n° 64 s.

339 CA Paris 30 avr. 1906, DP 1907, p. 5 .

340 J. HAMEL, P. LAGARDE par A. JAUFFRET, Traité de droit commercial, t. 1, Dalloz 1954, n° 336. – G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de Droit commercial, t. 1 par L. VOGEL : Paris, LGDJ, 18ème éd., 2001, spéc. n° 136 et s.

341 M. GERMAIN et L. VOGEL, *op. cit.*, spéc. n° 118 et s.

342 J. SAVATIER, art préc.

343 A. GOSSELIN-GORAND, J. -Cl. Dr. com. Fasc. 50 : Commerçants. - Qualité de commerçant, 2008, LexisNexis – Litec.

344 On pourrait en effet faire valoir que tous les êtres moraux n'ont pas de but lucratif. Mais entendue dans sa signification populaire, la lucrativité consiste à procurer un gain à la

référence au sens courant.

173. La finalité de l'activité professionnelle adaptée aux seules personnes physiques. Il convient de remarquer que la définition de l'activité professionnelle ou activité commerciale donnée par la doctrine commercialiste, possède un objet consistant pour la profession de commerçant dans l'exercice habituel d'actes de commerces par nature et une finalité, en retirer un profit[345]. Le diptyque de l'activité professionnelle a été conçu pour s'adapter à celle des êtres de chair et de sang. Or, tout comme en droit de la consommation, une définition de l'activité professionnelle reposant sur sa seule finalité rémunératrice ne cadre ni avec l'admission de l'existence d'une personne morale non-professionnelle compte tenu du caractère fonctionnel de ces personnes, ni avec l'existence de personne morales à but non-lucratif[346]. Outre la théorie de l'accessoire, les cessions Dailly[347] sont un parfait exemple de l'impossibilité pour les personnes morales d'échapper à leur activité professionnelle. En effet, la jurisprudence considère que dès lors que le cédant est une personne morale, la créance est professionnelle[348]. Cette solution découle directement de l'article L. 313-23 al. 1er du Code monétaire et financier, parfaitement clair à ce sujet car le crédit susceptible d'être concerné par la technique particulière de la cession de bordereau de créances doit avoir été accordé « à une personne morale [...] ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle ».

174. En définitive, fixer les contours de la profession des personnes morales en

---

personne physique ou morale qui exerce l'activité commerciale. Elle diffère de la lucrativité entendue au sens technique comme élément de distinction, et au besoin de requalification, entre association et société. En ce dernier cas, le caractère lucratif est relatif aux bénéfices procurés non pas directement à la personne morale qui exerce l'activité, mais aux sommes gagnées par la personne morale à cette occasion et reversées à ses membres. Dès lors si l'on se réfère à la première définition, une association peut parfaitement avoir un activité lucrative et donc réaliser des bénéfices, alors qu'elle ne saurait en faire l'usage visé dans le second sens. Ainsi de ce point de vue, des associations peuvent exercer une profession habituelle, en l'occurence, celle de commerçant et si celle-ci prime ou constitue l'objet statutaire, l'association pourra être qualifiée de commerçant à ses dépens, au sens où elle aura les obligations des commerçants sans bénéficier de leurs droits, sans pour autant encourir la requalification en société.

345 Lucrativité au sens courant

346 Basée sur le sens technique.

347 Issues de la loi du 02 janv. 1981.

348 Cass. com. 03 janv. 1996, Bull. civ. IV, n° 3 ; D. 1996. IR. 46 ; D. aff. 1996. 231.

utilisant les référentiels d'une définition donnée pour les personnes physiques ne paraît pas approprié si l'on envisage la possibilité pour les êtres moraux d'être qualifiés de non-professionnels. Aussi doit-on conclure à la nécessité d'une définition autonome de l'activité professionnelle pour les personnes morales.

2 – Autonomie par rapport aux notions voisines.

175. Division. Pour bien saisir ce que recouvre l'activité professionnelle des personnes morales, elle doit être comparée aux différentes compréhensions du terme d'entreprise (a). Dans le même but, il s'agira ensuite de confronter l'activité professionnelle à l'activité commerciale (b).

a – L'activité professionnelle et les notions d'entreprise.

176. La question de l'assimilation. Certains auteurs, comme Mme Luby[349] se sont demandés s'il n'y aurait pas assimilation de la notion d'activité professionnelle à celle d'activité économique. Une telle interrogation, fort légitime, impose d'examiner l'incidence de la notion d'entreprise, siège de l'activité économique, sur les qualifications issues du droit de la consommation.

177. L'entreprise... une notion économique présente dans nombre de textes mais une qualification juridique polymorphe. Notre droit est particulièrement mal à l'aise avec cette notion importée qui a pu être considérée comme un « test de l'efficacité de nos procédés de connaissance juridique »[350]. En tant que telle, cette qualification ne s'est pas vue reconnaître la personnalité juridique. C'est pourquoi certains auteurs ont établi un parallèle entre la personne humaine et l'entreprise. Ainsi, M. Despax a usé de l'expression de « sujet de droit naissant » et M. Marty, de personnalité morale « en gestation »[351]. Elle est polymorphe au sens stricte car elle n'est, au regard des matières juridiques dans lesquelles elle apparaît, aucunement liée à une forme juridique particulière. Aussi a-t-on pu écrire qu'elle n'est « ni le simple établissement, ni la société. L'entreprise est comme le

349 M. LUBY, Sommes-nous tous des consommateurs ?, Dr. et patr., oct. 2002, p. 44.
350 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.
351 M. DESPAX, L'entreprise et le droit, préface de G. Marty, Paris, LGDJ, 1957.

tiers-état, elle n'est rien : peut-elle aspirer à devenir quelque chose ? »[352]. Cela est si vrai que certaines règles lui sont applicables alors-même qu'il n'y aurait pas de personne juridique pour l'accueillir[353]. Ce caractère s'explique par des nécessités d'efficacité des règles de droit, notamment du droit de la concurrence. Ainsi, la notion d'entreprise repose-t-elle sur celle d'activité. Difficile de faire mieux pour en donner une définition eu égard à la polysémie de la notion. D'autres éléments caractérisent l'entreprise mais ceux-ci varient en fonction des auteurs. Pour exemple, citons les moyens nécessaires à l'exercice de cette activité[354] ou encore un centre autonome de décision, selon l'expression de M. Alfandari[355].

178. L'activité économique cœur de la notion d'entreprise. Si l'on excepte la définition de l'entreprise en droit du travail[356], une certaine unité peut être dégagée autour de l'exercice d'une activité économique. M. Solal relevait déjà que l'entreprise a mis en évidence le phénomène de la « substitution progressive du caractère économique de l'activité à sa forme juridique » induisant un changement des habitudes de penser pour « découvrir les nouvelles relations qui unissent les réalités de notre temps aux normes de l'action sociale »[357]. Il semble avoir été entendu. C'est du moins ce que semblent laisser entendre plusieurs textes. En premier lieu, le Code de commerce et la juxtaposition des articles L. 620-1 et L. 620-2, le premier destinant la procédure de sauvegarde à faciliter la réorganisation de l'entreprise notamment dans le but de poursuivre l'activité économique et le second qui énonce son champ d'application à tout commerçant, artisan, agriculteur, à toute profession libérale ainsi qu'à toute personne morale. L'article L. 410-1 du même code portant dispositions générales en matière de liberté des prix et de la concurrence raisonne comme un écho. Un autre texte a récemment abouti à préciser la notion d'entreprise. Il s'agit de l'article L. 313-22

352 G. LYON-CAEN, Que sait-on de l'entreprise ?, *in* Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales, 2001, spéc. p. 33.

353 Pour l'administration postale espagnole : Comm. UE, décis. 1er août 1990, JOCE L. 223, 28 août 1990, p. 39.

354 B. MERCADAL, 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.

355 Cité par Th. LAMARCHE, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 709.

356 L. ROZÈS, Rép. Trav., Dalloz, V° Entreprise, 1991.

357 Art. préc.

premier alinéa du Code monétaire et financier, lequel impose aux établissements de crédit qui ont accordé leur concours financier à une entreprise sous la condition du cautionnement par une personne physique ou morale, d'informer régulièrement cette caution. Cependant, ici encore, nulle présence d'une définition de l'entreprise. La Cour de cassation a dû mettre un coup d'arrêt à une conception extrêmement réductrice de l'entreprise conçue comme un « *groupement de personnes et de moyens* »[358]. Par trois arrêts du 12 mars 2002[359], la première chambre civile a entendu régler les problèmes restés en suspens auparavant à savoir les activités libérales, les associations et les sociétés civiles immobilières. Elle a considéré en effet, dans ces trois arrêts de cassation que les personnes physiques ou morales, dès lors qu'elles exerçaient une activité économique, devaient recevoir la qualification d'entreprise. Ce qui signifie, selon M. Liehnard[360] qu'une société civile immobilière qui ne ferait que gérer un bien immobilier, sans avoir une activité économique permanente ne serait pas susceptible de la qualification d'entreprise au sens de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Ce point de vue est partagé par le Professeur Soinne[361] pour qui une société civile immobilière n'est en réalité qu'une modalité de gestion et d'administration d'un patrimoine et non une entreprise. Ces décisions confirment que la forme accueillant l'activité économique est indifférente à la qualification d'entreprise, mais pas seulement. Elles sont les marques de l'unification de la

---

358 Cass. Com. 18 février 1997, *Bull. Joly 1997*, p. 414, note Ph. DELBECQUE ; JCP 1997, I 4033, n° 6 obs. Ph. SIMLER et Ph. DELBECQUE.

359 Particulièrement : Cass. 1re civ. 12 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 86, p. 66 ; A. LIENHARD, Information annuelle de la caution : la Cour de cassation précise la notion d'entreprise, D. 2002, somm. p.1199. – Cass. com. 15 févr. 2005 : pourvoi n° 01-12953 – Cass. 1re civ., 05 mai 2004 : pourvoi n° 01-12.278 : JurisData n° 2004-023592 ; JCP G 2005, I, 135, n° 2, obs. Ph. SIMLER ; RJDA oct. 2004, n° 1163. – Cass. 1re civ. 15 mars 2005 : JurisData n° 2005-027566 ; Bull. civ. 2005, I, n° 130 ; JCP G 2005, ibid. ; D. 2005, p. 1080, obs. E. CHEVRIER ; RD banc. et fin. mai-juin 2005, n° 85, obs. D. LEGEAIS ; AJDI 2005 p. 489 obs. F. COHET-CORDEY – Apportant une précision sans doute inspirée de l'arrêt Höfner (CJCE 23 avr. 1991, aff. C-41/90 Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH, Rec. CJCE 1991, I, p. 1979.) : Cass. com 12 janv. 2010 : pourvoi n° 08-21165 qui casse un arrêt d'appel qui avait relevé que la société civile immobilière présentait un usage à caractère familial au motif que l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne subordonne pas l'information annuelle de la caution personne physique au statut juridique du débiteur. La chambre commerciale exige donc l'exercice d'une activité économique, le caractère familial de la société civile immobilière important peu.

360 A. LIENHARD, art. préc.

361 B. SOINNE, L' « entreprise » et les lois de 1984 et de 1985, Rev. proc. coll., mars 2002, p. 19.

définition de l'entreprise autour de la notion d'activité économique.

179. En droit de la concurrence également. La définition de l'entreprise nous est aujourd'hui donnée à l'échelon supra-national par l'arrêt Höfner. L'entreprise est « toute entité qui exerce une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »[362]. Après cette décision, la recherche de l'entreprise ne saurait par conséquent être fondée sur le seul statut juridique de l'entité ainsi que sur le seul mode de financement de l'activité à savoir soit directement par le consommateur ou l'usager de l'activité, soit par la collectivité. Cependant, selon certains auteurs, l'activité financée par la collectivité est nécessairement une activité solidaire[363].

180. Définition descriptive de l'activité économique. Seulement, une fois de plus, il n'y a point de définition des activités économiques. Dès lors, et comme le décrit Mme Arcelin, différentes méthodes ont été mises en œuvre tant en droit communautaire qu'en droit interne pour définir l'activité économique[364]. Une approche tout d'abord descriptive consistant en une sorte « d'inventaire à la Prévert » fondée sur l'objet de l'activité lui-même a été utilisée[365]. Une certaine rationalisation a pu être opérée et transparaît dans la définition donnée par le Professeur Paillusseau[366]. Pour lui, comme pour d'autres[367], doivent être qualifiées d'économiques les activités de production, de transformation, de distribution de biens et de prestations de services ou de certaines de ces fonctions. En sus de cette définition relative à l'objet de l'activité rationalisé, s'ajoute un élément

362 CJCE 23 avr. 1991, aff. C-41/90 Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH, Rec. CJCE 1991, I, p. 1979.

363 Le mode de financement permet en principe de distinguer l'activité économique de l'activité solidaire. Pour un exposé de ces questions V. L. ARCELIN L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, coll. Bibl. dr. entr, Paris, Litec, 2003 p. 91 s.

364 L. ARCELIN *Ibid.*

365 Cette approche purement descriptive peut être complétée, selon Mme ARCELIN en droit de la concurrence par le mode de financement de l'activité. Mais dans certaines espèces, la jurisprudence a dû établir le caractère économique d'une activité par une autre méthode dite analogique reposant soit sur un critère statutaire aujourd'hui périmé – une activité pouvant être exercée **par** une entité privée – ou matériel – une activité pouvant être exercée **comme** une activité privée. V. L. ARCELIN *op. cit.*, p. 158 s.

366 J. PAILLUSSEAU, Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, D. 1997 chron. p. 97, spéc. n° 45.

367 Th. LAMARCHE art. préc., spéc. n° 27 ; B. MERCADAL., La notion d'entreprise, préc., spéc. p. 13.

exogène : le marché. Il y a activité économique si les biens ou services sont vendus sur un ou plusieurs marchés. Cette définition est conforme dans sa méthode descriptive à celle donnée par ce qui est devenu l'actuel article L. 410-1 du Code de commerce[368].

181. Jonction partielle des objets respectifs des activités économiques et professionnelles. La confrontation entre activité économique et activité professionnelle appelle un constat d'évidence. Du strict point de vue de leur objet, ces activités se rejoignent : toute activité économique peut être qualifiée de professionnelle. Cependant si l'assimilation de l'activité économique à l'activité professionnelle est particulièrement aveuglante, la réciproque ne nous semble pas vrai. L'activité professionnelle ne saurait se fondre en totalité dans l'activité économique, notamment à propos des personnes morales qui les exercent. Une activité ayant pour objet la solidarité serait inapte à se voir attribuer le qualificatif d'économique en raison notamment de l'absence de lien entre les cotisations payées et les prestations fournies (en nature ou en espèces)[369]. Ainsi, pour qu'une activité économique existe, il est nécessaire qu'elle soit compatible avec le principe d'exclusion caractéristique du marché[370]. Il apparaît néanmoins peu concevable que de telles activités, successions intentionnelles d'actes[371], ne puissent être qualifiées de professionnelles, les entités les exerçant en conformité avec leurs actes fondateurs, qu'ils émanent de l'autorité publique ou de la volonté de leurs membres personnes physiques ou morales. Il nous paraît en effet important de relever que la plupart du temps, proposer l'équivalence entre activités économiques et professionnelles, résulte d'une confusion à propos de

368 Ce texte rend le quatrième livre du Code de commerce applicable à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.

369 Principe classique depuis les arrêts CJCE 17 févr. 1997, Poucet et Pistre, aff. jontes C-159/91 et C-160/91, Rec. CJCE 1993, I, p. 637 – confirmé deux ans plus tard par CJCE 16 nov. 1995, Fédération Française des sociétés d'assurance, aff. C-244/94, Rec. CJCE 1995, I, p. 4013 – CJCE 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96, Rec. CJCE, I, p. 5751 – et réaffirmé par CJUE 05 mars 2009, Kattner Stahlbau GmbH, aff. C-350/07, Contrats conc. consom. 2009, comm. n° 139, obs. G. DECOCQ.

370 G. LHUILIER, Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence, RTD com. 1994 p. 645 spéc. n° 33 s. ; G. BLANC, Les frontières de l'entreprise en droit commercial, D. 1999 p. 415.

371 *Cf infra* n° 194.

ces dernières – une de plus. Il est parfaitement évident que la partie qui sera qualifiée de professionnel, opposée au consommateur ou au non-professionnel, exercera une activité qui consistera à produire, distribuer des biens ou des services. L'activité ainsi exercée par cette partie résulte en réalité de la place occupée dans la relation économique, à savoir la partie considérée comme forte. À l'inverse, l'activité professionnelle de la partie prétendument faible, déterminante pour son éventuelle protection en tant que non-professionnel, pourra consister dans des activités économiques ou non. Dès lors, on le voit bien, l'exclusion de certaines activités professionnelles de la notion d'activité économique démontre qu'elle est incluse dans l'activité professionnelle. L'activité économique est « une notion moins large que l'activité professionnelle »[372]. L'intervention sur un marché nous paraît être totalement étrangère à la notion d'activité professionnelle.

182. Exclusion de la définition du droit social. Enfin, et principalement pour mémoire, en droit social la notion d'entreprise est entendue comme une cellule sociale en lien étroit avec une cellule économique. Les règles qui s'appliquent à l'entreprise régissent une communauté humaine qui travaille à une même fin. L'activité de l'entreprise n'a pas à être économique, ni même lucrative, il suffit simplement qu'elle soit, selon Mme Catala, « durable » et « commune »[373]. Cette indifférence quant à la nature de l'activité et à sa finalité est un point commun important avec l'activité professionnelle telle qu'exposée dans les développements prochains[374]. Toutefois, l'activité spécifique n'est pas totalement absente en droit du travail et peut être prise en compte au travers de certaines règles particulières telles que les règles d'hygiène et de sécurité, lesquelles ne sauraient en aucun cas constituer des actes de l'activité professionnelle proprement dite.

b – La différenciation entre activité professionnelle et activité commerciale.

183. La qualité de commerçant attribuée par la loi à certaines personnes morales

372 P. MACQUERON, Association et activité professionnelle, Études offertes à Barthélemy Mercadal, Levallois-Perret, Francis Lefebvre, 2002, p. 335.

373 N. CATALA, L'entreprise, *in* Traité de droit du travail, ss. dir. G. CAMERLYNCK, t IV, Paris, Dalloz, 1980, n° 69.

374 *Cf infra* n° 190.

exerçant une activité pourtant non-commerciale, induit une certaine absorption de l'activité professionnelle par le droit commercial. Cependant, si certaines ressemblances peuvent être relevées, les dissemblances révèlent une absence d'identité entre les notions d'activité professionnelle et d'activité commerciales.

184. Commerçant et professionnel : ressemblances. Outre que ces notions servent de fondement à l'application de corpus juridiques catégoriels, commerçants et professionnels présentent de prime abord plusieurs points communs. En premier lieu, comme pour les activités économiques, les activités commerciales et professionnelles sont indéniablement connectées ne serait-ce qu'au regard de leur objet[375]. En second lieu, en tant que qualification, le professionnel emprunte une qualité peu enviable à celle de commerçant dont il nous semble qu'il aurait été préférable de se passer. Les deux notions se trouvent être des qualifications reposant à la fois d'une part sur des considérations objectives relatives à des actes, de consommation ou de commerce et subjectives relatives à la qualité de leurs acteurs[376]. Par conséquent, il est possible de transposer le mot de M. Germain écrit initialement à propos du commerçant : le professionnel « se reconnaît à la nature des actes qu'il fait et (...) la nature des actes dépend de la qualité de celui qui les fait. On tourne dans un cercle vicieux »[377]. Ainsi, du stricte point de vue de la qualification, le commerçant apparaît comme le prototype du professionnel[378]. Mais ces similitudes ne doivent pas masquer plusieurs dissemblances prenant leur source dans une différence de fondement[379].

185. Différence de perspective entre le droit de la consommation et le droit commercial. La législation et la jurisprudence consuméristes, peu important le critère, démontrent que la notion d'activité professionnelle est réfractaire à la

375 *Cf supra* n° 181.
376 N. SAUPHANOR, *op. cit.*, spéc. n° 80.
377 G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. I, 17ème éd. par M. GERMAIN, Paris, LGDJ, 1998, n° 5.
378 Du point de vue de la complétude de son statut, le commerçant représente une sorte d'aboutissement pour le professionnel.
379 Ph. STOFFEL-MUNCK, L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD Com. 2012, p. 705.

distinction entre activité civile et activité commerciale. Comme l'a justement écrit M. Marty, « en visant le professionnel, le législateur ignore l'opposition traditionnelle entre les commerçants et les autres professionnels. Il reconnaît ainsi leur identité par rapport à celui qui s'adresse à eux et introduit un premier dépassement par rapport à la distinction du droit civil et du droit commercial »[380]. L'explication en est simple et réside dans les différences des préoccupations à l'origine de ces droits. Le droit commercial est un droit fondé sur des exigences qui se trouvent à mille lieues de celles du droit de la consommation. Il est « taillé sur mesure » pour la rapidité des échanges, comme en témoignent son caractère pragmatique, de rapidité, de crédit, d'adaptabilité ou encore de transparence[381]. Le droit commercial régit les relations dites « BtoB »[382]. Les commerçants sont donc censés être protégés par leur propre expérience de la vie des affaires. Pour leur part, les dispositifs consuméristes, bien qu'ayant également pour objectif de favoriser les échanges de biens et services, sont sous-tendus par une impérieuse nécessité de protéger inconditionnellement les consommateurs[383], une catégorie de personnes présumées en situation de faiblesse dans une relation contractuelle. Ainsi, spécialement adapté aux relations « BtoC », le droit de la consommation est une discipline captant une image fidèle de la relation de consommation concrétisée par des contrats de masse[384]. Il est un droit de régulation apte à saisir le pendant juridique de réalités économiques[385]. Ces deux droits n'ont donc pas vocation à régir juridiquement les mêmes rapports économiques. C'est ainsi que le consommateur ou non-professionnel ne trouve face à lui qu'un professionnel, exerçant ou non une activité commerciale et en cela, le droit de la consommation est un corps de règles unique lui apportant une sécurité juridique salutaire aux trois niveaux de sa relation économique avec le professionnel à savoir la phase pré-contractuelle, la phase contractuelle et la phase d'exécution du contrat. Cette

380 J.-P. MARTY, La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, RTD com 1981 p. 681, spéc. p. 694 s.

381 J. MESTRE et M.-E TIAN-PANCRAZI, Droit commercial, 24ème éd., Paris, LGDJ, 1999.

382 Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., spéc. n° 16.

383 Bien que certains textes, en visant le non-professionnel soient susceptibles de concerner des relations « BtoB ».

384 *Ibid.* n° 38.

385 N. SAUPHANOR, thèse préc., spéc. n° 88 et les différentes références citées.

différence de fondement explique les dissemblances entre d'une part les notions de commerçant et d'activité commerciale et d'autre part le professionnel et l'activité professionnelle.

186. Commerçant et professionnel : dissemblances. La double conception objective et subjective commune à ces deux notions justifie de s'attacher dans un premier temps aux relations entre les notions de professionnel et de commerçant puis ensuite entre celles d'activité professionnelle et d'activité commerciale. En premier lieu, pour paraphraser l'article L. 121-1 du Code de commerce, le commerçant est celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. Confronté à la notion de professionnel, il s'avère que ce texte condense parfaitement les propos qui vont suivre. Selon un auteur, l'existence d'une activité commerciale n'est pas suffisante pour attribuer la qualité de commerçant à celui qui l'exerce. Le caractère professionnel ne serait donc pas une condition de la commercialité de l'activité, mais de la qualité de commerçant[386]. Il en résulte logiquement que le commerçant est un professionnel, ce qui n'est pas le cas de toute personne effectuant des actes de de commerce. Dans certains cas, plusieurs actes de commerce peuvent être accomplis dans le but d'en retirer un gain consistant dans les fruits de ses investissements, sans pour autant conférer la qualité de commerçant à leur auteur[387]. Cependant, la réciproque n'est évidemment pas exacte, les commerçants ne sont pas les seuls à pouvoir être qualifiés de professionnels. Ainsi, si la notion de professionnel inclut celle de commerçant, il s'avère, comme il a été relevé, que « la catégorie des professionnels est assurément plus vaste que celle des commerçants »[388]. Sont en effet qualifiés de professionnels de manière parfaitement indifférente, des commerçants, personnes physiques ou morales et des non-commerçants. Dans

386 F.-X. VINCENSINI. op. cit., n° 573 s.

387 Dans sa thèse et spécialement au n° 582, M. VINCENSINI prend l'exemple d'un particulier effectuant des opérations en bourse pour la gestion de sa fortune personnelle préexistante et celui qui tirerait ses seuls revenus des opérations boursières. Cela induirait que l'ultime distinction entre respectivement la simple recherche d'un revenu et l'intention spéculative reposerait à notre sens soit d'un point de vue purement patrimonial sur la provenance des fonds investis, soit d'un point de vue casualiste, sur la cause du ou des actes à savoir faire fructifier un patrimoine ou bien dégager un revenu.

388 N. SAUPHANOR, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, *op. cit.*, préc. spéc. ,° 83 et les références citées.

certaines décisions, la Cour de cassation fait application du critère du rapport direct à des commerçants personnes physiques[389], à des sociétés commerciales[390], à des professions libérales[391], à des associations[392], à des agriculteurs[393]. Mais très souvent, elle ne prend pas soin de préciser la forme commerciale ou non des sociétés sollicitant l'application des dispositions consuméristes[394].

187. L'activité professionnelle plus large que l'activité commerciale. Le double fondement subjectif et objectif des notions de professionnel et de commerçant autorise à faire, comme l'article L. 121-22 4° du Code de la consommation le suggérait avant l'adoption de la loi du 17 mars 2014, le même constat pour les catégories d'activités associées à ces qualifications. Toute activité commerciale est professionnelle, mais toute activité professionnelle n'est pas commerciale, comme par exemples les activités libérales définies depuis une loi du 22 mars 2012[395]. Aussi, l'activité commerciale a-t-elle pu être présentée comme une simple catégorie de l'activité professionnelle parmi d'autres et ayant des règles adaptées à ses besoins[396].

188. Inadaptation des critères de distinction entre activité civile et commerciale. Cette absence d'adéquation entre activité professionnelle et activité

389 Voir par exemple : Cass. 1re civ. 21 févr. 1995 Contrats conc. Consom. 1995, comm. n° 155, obs. L. Leveneur.

390 Cass. 1re civ., 13 mars 2001 : pourvoi n° 98-21912 préc.

391 Cass. 1re civ., 14 mars 2000 : pourvoi n° 97-16299 préc.

392 Cass. 1re civ., 27 sept. 2005 : pourvoi n° 02-13985 préc.

393 Cass. 1re civ., 10 juil. 1996, *Droit, de la consommation. Dix ans de jurisprudence* commentée *1990-2000 :* Contrats conc. consom. n° hors-série, comm n° 44, obs. G RAYMOND.

394 Cass. 1re civ., 24 janv. 1995 Contrats conc. consom. 1995 comm. n° 155, obs. L. LEVENEUR, préc. – Cass. 1re civ., 23 février 1999 : pourvoi n° 96-21744 préc. – Cass. com. 01 oct. 2002 : pourvoi n° 00-16005, inédit.

395 L'article 29, I, de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 énonce une définition légale de la profession libérale : « les professions libérales groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant ».

396 J.-P. MARTY, La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, préc.

commerciale a pour conséquence semble-t-il l'inefficacité dans la relation de consommation des divers critères de la distinction classique entre activité civile et commerciale. Ainsi, les critères de la « spéculation »[397], de l'entreprise[398], celui du cycle monétaire[399], de la circulation des produits[400] ou encore l'adjonction de la spéculation à la mise en œuvre de moyens non-personnels à l'exploitant[401] paraissent n'être d'aucune utilité dans la détermination du caractère professionnel d'une activité exercée par le cocontractant du consommateur ou non-professionnel.

3 – Les éléments indifférents de la définition : la forme et le domaine d'activité.

189. Indifférence quant à la forme de la personne morale. Il est impossible de se fier à la seule forme des personnes morales. Les différentes étapes du raisonnement ont démontré que la forme de la personne morale ne permettait pas d'établir l'existence ou l'inexistence d'une activité professionnelle. C'est ainsi que toutes sortes de personnes morales se sont vues appliquer le critère du rapport direct avec leur activité professionnelle[402]. En effet, le fait qu'une personne morale revête la forme d'une association ne préjuge aucunement du caractère non-professionnel de son activité[403]. C'est pourquoi le caractère professionnel ou non de l'activité d'un être moral doit être considéré comme indifférent quant à la forme adoptée. Cependant, les arrêts du 11 décembre 2008 et du 06 septembre 2011

---

397 Proposé par LYON-CAEN (Ch. -L.) et RENAULT (L.), Manuel de droit commercial, 15ème éd., revue par AMIAUD (A.), 1928, n° 20.

398 Soutenu par J. ESCARRA, Manuel de droit commercial, Paris, Sirey, 1948, spéc. n° 91 et dans une perspective plus – voire trop – marquée idéologiquement, par G. LYON-CAEN, Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial, RTD com. 1949, p. 577, spéc. p. 582.

399 P. DIDIER, cité par F.-X. VINCENSINI, La commercialité, recherche sur l'identification d'une activité, préc. spéc. n° 488 s.

400 E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime, 3ème éd., Rousseau. 1904, spéc. p. 5 et 6.

401 F.-X. VINCENSINI, La commercialité, recherche sur l'identification d'une activité, préc., spéc. n° 485 et s.

402 *Cf. supra* n° 186.

403 Cass. 1re civ. 23 mars 1999, préc. Bull. I, n° 106, JurisData n° 001242, *Droit de la consommation. Dix ans de jurisprudence commentée 1990-2000* : Contrats conc. consom., numéro hors-série, comm. n° 46 – Cass. 1re civ. 27 sept. 2005, préc., JurisData n° 2005-029908, D. 2006, n° 3, jur., p. 238, note Y. PICOD, Contrats conc. consom., 2005, comm., n° 215, note G. Raymond, même revue 2006, comm. 2, note L. LEVENEUR ; RDC, 2006, p. 359, obs. M. BRUSCHI.

disqualifiant directement les sociétés commerciales en cette seule qualité du champ d'application des articles L. 132-1 et L. 136-1 du Code de la consommation, ne sont pas relatifs à l'existence de l'activité professionnelle, mais à la présomption du rapport direct avec cette activité dans le cas des contrats entre sociétés commerciales[404]. Ces solutions ne distinguent d'ailleurs pas selon la commercialité par la forme ou par l'objet de l'activité[405].

190. Indifférence quant au domaine d'activité entendu le plus largement possible. Ici encore il convient d'éclairer le débat. Pas plus que la forme de la personne morale, le domaine d'activité n'a à être pris en compte dans la détermination du caractère professionnel de l'activité. Peu importe le secteur dans lequel intervient l'être moral, il est susceptible d'exercer une activité professionnelle. Cela est vrai d'une société commerciale, ou d'une association ayant une activité économique et nous paraît tout aussi vérifiable pour tout organisme de droit privé menant des missions de solidarité et non fondée sur le principe d'exclusion propre au marché. Par ailleurs, pour le Professeur Paillusseau, la personnalité morale n'ayant pour autre fondement que de rendre juridiquement autonome une activité, il peut être nécessaire de rendre autonome une très large palette d'activités[406]. Aussi convient-il de constater que comme en témoignent les définitions jurisprudentielles et doctrinales ainsi que le caractère fonctionnel de la personne morale, l'activité professionnelle est un concept à la fois distinct et englobant les notions d'activités commerciales et économiques[407]. Comme l'a relevé M. Vincensini, « toute personne morale exerce une activité de façon habituelle (...) en vue, sinon d'une rémunération, du moins d'un résultat économique »[408]. Ainsi, les personnes morales peuvent avoir une activité professionnelle qui peut être exercée dans toutes sortes de domaines.

---

404 Quid lorsqu'une société commerciale contracterait avec une société non-commerciale?

405 Cass.1re civ. 11 déc. 2008, préc. pourvoi n° 07-18128, Contrats conc. consom. 2009, comm. 69, obs. L. LEVENEUR ; JCP E 2009 p. 1278, obs. G. Raymond – Cass com. 06 sept. 2011 : pourvoi n° 10-21583, Bull. 2011, IV, n° 127 ; D. 2011 p. 2198, obs. X. DELPECH ; JCP E 2011 p. 1716 – même date : pourvoi n° 10-21584, inédit.

406 J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705.

407 *Cf. supra* n° 176 et s., 183 et s.

408 F.-X. VINCENSINI, La commercialité, recherche sur l'identification d'une activité, préc., spéc. n° 77.

191. Après avoir constaté que l'activité professionnelle n'épouse qu'imparfaitement les contours de notions pourtant voisines et qu'elle est indifférente à la forme et au domaine de l'activité exercée, il convient de définir cette activité professionnelle.

B – Définition de l'activité professionnelle des personnes morales.

192. Proposition de définition de l'activité professionnelle. Définir positivement l'activité professionnelle des personnes morales de la manière la plus autonome possible et sans prendre en compte les critères qui sembleraient de prime abord utiles, apparaît difficile. Aussi convient-il de proposer une définition avant de l'expliciter. Par conséquent, l'activité professionnelle peut être définie comme un fait juridique (2) consistant dans une succession intentionnelle d'actes effectuée dans un domaine apprécié *in concreto* et basée sur une finalité-objet commune (1).

1 – Une succession intentionnelle d'actes.

193. L'activité professionnelle est l'activité réelle de la personne morale[409], mais comment la déterminer si ce n'est par une répétition d'actes ? Par répétition d'actes, il convient, comme d'autres l'ont fort justement relevé, d'entendre succession intentionnelle d'actes agrégés par une finalité-objet de l'activité professionnelle[410] (a). Se posera alors la question du seuil à partir duquel une succession d'actes ne relève plus d'actes isolés et devient activité professionnelle (b). Enfin, nous verrons que les actes doivent être effectués dans un domaine d'activité particulier, une spécialité appréciée *in concreto* (c).

a – Une succession intentionnelle d'actes fondée sur une finalité-objet.

194. Avertissement. Il sera préalablement observé que dans ces quelques lignes, la référence à la finalité commune d'une succession d'acte est une pente quelque peu glissante risquant à chaque instant de faire aboutir le raisonnement à la détermination du caractère direct du rapport entre un acte et l'activité

409 *Cf. supra* n° 148 et s.
410 F.-X. VINCENSINI, op. cit. spéc. n° 37 s.

professionnelle. Cette difficulté est néanmoins levée par le fait que la succession doit être effectuée dans un même domaine d'activité[411] comme il vient d'être relevé.

195. Précision terminologique : une succession intentionnelle d'actes. Pour reprendre les développements précédents, l'activité professionnelle peut être définie comme une succession d'actes dans un domaine d'activité apprécié *in concreto*. Mais encore faut-il que cette succession d'actes soit intentionnelle, c'est-à-dire qu'elle doit exclure le hasard et impliquer une coordination, sans quoi il ne s'agirait que d'une suite d'actes isolés. Pour certains auteurs « la répétition [est] le signe distinctif de l'activité »[412] et doit être volontaire. En effet, « la notion d'activité exclut *d'elle-même* les actes qui, malgré leur répétition, n'ont pas été volontairement enchaînés »[413]. Il nous paraît cependant préférable d'employer l'expression de « succession intentionnelle d'actes ». Cette précision terminologique évite un écueil lié au terme de « répétition » qui, utilisé seul, implique que les actes soient de même nature, ce qui n'est pas forcément le cas. Ainsi même la situation simple de l'activité d'agence immobilière, nécessite des successions d'actes de natures différentes relatifs, en amont à la réception de mandats donnés par des propriétaires souhaitant vendre ou louer leur bien et d'autre part à la recherche puis la signature de contrats portant sur les biens immobiliers. Indépendamment de leur répétition, ces deux types d'actes font indéniablement partie de l'activité professionnelle et sont pourtant différents par leur nature. Ensuite se référer à l'intention plutôt qu'à la seule volonté permet d'inclure à la fois la dimension volontaire de la succession d'actes ainsi qu'une réintégration de la notion de but autour de laquelle les actes vont pouvoir se fondre dans l'activité professionnelle.

196. Une succession simplement volontaire est insuffisante. Dans cette optique, une succession volontaire de certains actes ne démontre pas forcément l'existence d'une activité professionnelle. Un rapide exemple permettra d'éclairer

411 *Cf. infra* n° 203.
412 VIANDIER et VALLANSAN, Actes de commerce, commerçants, activité commerciale, n° 53, *in* F.-X. VINCENSINI, La commericalité, etc. préc. n° 49.
413 Fr. -X. VINCENSINI, thèse préc. n° 49, p. 44.

ce propos. Une société qui achète en plusieurs fois pour les besoins de son activité pour ses employés une quantité non négligeable de stylos à titre de fournitures, va répéter ces actes, elle pourra même peut-être le faire de manière coordonnée auprès d'un même fournisseur par l'intermédiaire par exemple d'un contrat-cadre, mais il paraît bien difficile de déduire l'existence d'une activité professionnelle de tels achats. La seule répétition d'actes, fussent-ils de même nature et d'objet identique, semble donc insuffisante à autonomiser une activité professionnelle. Il manque pour cela un lien entre ces différents actes, à savoir une finalité commune.

197. Réintégration de la finalité pour fondre les différents actes dans l'activité professionnelle : la finalité-objet. Il peut apparaître que pour rendre autonome une activité professionnelle, prendre en considération la finalité de la succession d'actes entre en contradiction avec l'objet des présents travaux qui visent précisément à mener une réflexion critique sur la conception finaliste du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle. La définition d'un critère fondé sur l'objet de l'activité ne saurait en quelque sorte se passer d'une dimension subjective et intentionnelle. Cela n'est qu'en partie vrai car la contradiction n'est en réalité qu'apparente. À ce stade du raisonnement, il ne s'agit pas d'envisager la finalité en tant que mobile d'un acte en particulier de manière à en établir le rapport direct avec l'activité professionnelle comme dans le rapport direct tel qu'entendu par la Cour de cassation. Il s'agit ici simplement de tenir compte de l'étymologie latine de l'intention qui signifie « tendre vers ». Ainsi, la réintégration de la notion de but est opérée certes, mais seulement pour définir l'activité professionnelle, pour lier entre eux des actes pas forcément identiques et une fois rassemblés, qualifier cet ensemble d'activité professionnelle. À fort juste titre dans sa thèse, M. Vincensini s'appuyant sur l'opinion de M. Garron[414], relève que la finalité dont il s'agit ici n'est pas « celle, lointaine et indirecte, qui oppose les activités privées aux missions de service public, les activités spéculatives aux entreprises philanthropiques, la finalité n'a pas pour effet de distinguer les activités les unes des autres, mais au contraire, de les confondre au sein d'un

414 R. GARRON, Influence de la destination sur le régime juridique des droits, D. 1965, chron. p. 191, spéc. p. 192.

même ensemble qui pourra lui-même être opposé à un autre ensemble, tout aussi large – mais celle qui, plus proche de l'objet de l'opération correspond à sa fonction »[415]. Par la suite, faisant valoir qu'en principe, il existe autant d'activités exercées que de finalités poursuivies, il précise son propos : « tel acte sera rattaché à telle activité parce qu'il réalise, de façon parcellaire, le but général que celle-ci s'est fixé. Il en est l'accessoire »[416]. Cette distinction entre les deux types de finalités et leurs fonctions d'opposition ou de fusion est particulièrement importante dans la détermination de l'activité professionnelle qui relève de la même logique. Cependant, on ne peut que déplorer le fait qu'à aucun moment, cette finalité commune n'est définie. Pourtant, il nous semble que l'auteur a entrevu ce que nous allons exposer. Raisonner sur les seules finalités est intéressant mais un élément est absent et sa contribution va s'avérer décisive. Il paraît important de faire valoir que si l'activité professionnelle a une finalité, obtenir une rémunération, elle n'en a pas moins un objet. On retrouve ici pour la seconde fois la notion d'entreprise au sens du droit social[417]. Mme Catala relève dans son ouvrage, bien que ses propos ne concernent que les personnes agissant au sein de l'entreprise, que celle-ci est le fruit d'une finalité commune qui ne saurait résider, compte tenu des antagonismes entre les mobiles des employeurs et des salariés, dans une convergence totale de leurs intérêts. Par conséquent selon elle, l'objet de l'entreprise est la seule finalité immédiate, concrète, indifférente au caractère lucratif ou philanthropique qu'elle pourrait revêtir[418]. Cette définition, qui identifie l'objet de l'entreprise à la finalité commune qui lie ses membres, permet de préciser la pensée de M. Vincensini pour qui cette finalité est « proche de l'objet de l'opération »[419]. Il semble qu'il y ait en réalité identité entre cette finalité proche et cet objet commun. En effet, si les actes accomplis dans le cadre de l'activité professionnelle participent à la réalisation de la finalité générale

---

415 F.-X. VINCENSINI, *op cit*,. n° 50, p. 44 et 45.

416 F.-X. VINCENSINI, *op. cit*., n° 51, p. 45. Ainsi, le régime juridique de ces actes sera uniformisé par la technique de l'accessoire, ce qui pourra conduire, en cas d'existence de plusieurs activités, à l'occultation d'une ou plusieurs d'entre-elles. On a vu qu'en droit de la consommation, une telle occultation n'a pas lieu.

417 N. CATALA, L'entreprise, *in* Traité de droit du travail, ss dir. de G. CAMERLYNCK, t. IV, Paris, Dalloz, 1980.

418 *Idem*, n° 69.

419 Fr. -X. VINCENSINI, *op cit*, n° 50 p. 45.

de l'activité, ils n'en possèdent pas moins une finalité commune plus concrète, qui réside dans leur objet commun : l'activité professionnelle réellement exercée, dernier échelon de la gradation de la concrétisation de l'activité[420]. Ainsi, un constructeur automobile achètera les diverses pièces détachées et fournitures afin, finalité proche qui lie les différents actes et objet de l'activité, de produire et vendre des véhicules. La finalité générale de l'activité réside quant à elle dans la redistribution des bénéfices aux actionnaires. Cette identité entre finalité proche et objet de l'activité autorise à la désigner comme finalité-objet. Une fois exposés, ces éléments paraissent évidents, pourtant, la plus grande confusion règne toujours.

198. La finalité des actes successifs est différente du caractère fonctionnel de la personne morale et préserve la recherche du rapport direct avec l'activité professionnelle de l'acte pris isolément. Il convient d'effectuer une dernière précision. La finalité au sens du caractère fonctionnel des personnes morales est la finalité lointaine, celle qui permet de distinguer deux activités, comme par exemple l'activité professionnelle qui est opposée pour les personnes physiques à la finalité qui caractérise l'activité ou la vie privée ou personnelle. Fonder la notion d'activité professionnelle sur cette finalité à laquelle participent l'ensemble des actes accomplis par la personne morale éteindrait l'intérêt de la recherche subséquente du rapport direct avec cette activité[421]. Par conséquent, la finalité permettant de fédérer différents actes au sein de l'activité professionnelle doit être la finalité-objet de l'activité ou de l'entreprise laquelle participe également à l'accomplissement du but dans lequel l'activité est exécutée. Ainsi, la question de la détermination du rapport direct avec l'activité professionnelle que pourrait avoir un acte juridique d'une personne morale retrouve tout son sens et les conditions intellectuelles de l'existence de la personne morale non-professionnelles sont donc réunies.

420 *Cf. supra* n° 141.
421 *Cf. supra* n° 171 et s.

b – L'épineuse question de l'existence d'un seuil quantitatif de l'activité professionnelle.

199. « L'activité, c'est au moins deux actes ; après, on ne sait plus »[422]. Une formule brille par sa concision de même que par son évidence : « l'unicité « chasse » l'activité ». Mais comme l'ajoute l'auteur quelques lignes plus loin : « l'activité, c'est au moins deux actes ; après, on ne sait plus »[423]. M. Vincensini cite ainsi deux arrêts des Cours de Lyon et Montpellier. La première de ces décisions est afférente à un salarié d'une compagnie d'assurance et exclut qu'un acte isolé ou que plusieurs actes « peu fréquents », puissent constituer une activité indépendante d'une activité salariée. La cour retient, pour caractériser l'activité indépendante de l'employé un seuil minimum de précisément douze actes par an. Quant au second arrêt concernant un médecin fonctionnaire des hôpitaux, il distingue entre des actes répétés de clientèle et des expertises psychiatriques occasionnelles[424]. Ensuite l'auteur s'est tourné notamment vers le droit pénal et la notion de délits d'habitude. Cette notion d'habitude est le nœud du problème[425] et pour le moment, elle constitue le fondement des solutions jurisprudentielles, spécialement en matière de garantie des vices cachés[426]. Il convient de remarquer que la Cour de cassation a abondé dans ce sens par son arrêt du 30 septembre 2008 dans lequel elle qualifie un vendeur personne physique de professionnel de la vente en appuyant son argumentaire conduisant à la cassation sur la notion d'habitude et sur les profits que dégageait le vendeur[427]. Ainsi, faire plus précis s'avère être une tâche plutôt délicate.

200. Un indice légal troublant. Cependant aujourd'hui un autre élément, un argument légal est venu enrichir le débat, encore que sa contribution à la mise en lumière du débat soit plutôt troublante. Bien que relatif aux consommateurs et

---

422 F.-X. VINCENSINI, op. cit. spéc. n° 42.

423 F.-X. VINCENSINI, op. cit. spéc. n° 41 s.

424 CA Lyon 10 juil. 1962, JCP 1962, II, 12900 bis, note J.P.B. H – CA Montpellier 23 mai 1961, GP. 13-15 déc. 1961.

425 Notion que l'on retrouve évidemment à l'article L. 121-1 du Code de commerce définissant le commerçant et de l'article 29 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012.

426 CA Nancy 26 janv. 2006, JurisData n° 2006-311326.

427 Cass. 1re civ. 30 sept. 2008 : pourvoi n° 07-16876, JurisData n° 2008-045176, Resp. civ. et ass. 2008, comm. n° 331.

donc aux personnes physiques, l'article L. 121-26-1 du Code de la consommation[428] se présente comme un indice quant à la notion d'habitude et donc à l'existence d'un seuil quantitatif à compter duquel on se trouverait face à une activité professionnelle. Ce texte prévoit le champ d'application de diverses mesures de protection concernant les contrats à distance relatifs à des services financiers comportant une première convention de service suivie d'opérations successives ou d'une série d'opérations distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps ou de contrats reconductibles tacitement[429]. Il est en effet disposé d'une part que les mesures sont applicables au contrat initial, mais surtout à l'alinéa second que passé un délai minimal de douze mois entre deux actes de même nature entre les mêmes parties, la nouvelle opération doit être regardée comme étant une première opération et les prescriptions légales se trouvent alors de nouveau applicables. Ainsi, un contrat portant sur des services financiers à distance qui ne serait pas suivi ou renouvelé dans l'année de sa conclusion est légalement présumé être une première opération. On voit bien qu'en pareil cas, la protection du consommateur est fondée sur une répétition d'actes, sur l'habitude. Néanmoins, s'ajoute au problème de la détermination d'un seuil – on l'a vu un acte dans l'année[430] – celui de la fréquence entre deux actes pour que l'opération ne soit pas considérée comme une opération initiale, ici douze mois au plus. En définitive, l'éclairage introduit par cette contribution légale à la notion d'habitude s'apparente malheureusement à « cette obscure clarté qui tombe des étoiles »[431].

201. Disqualification de la rigidité d'un seuil. On comprend donc bien, une difficulté en amenant une autre, que la détermination d'un seuil quantitatif de l'activité professionnelle plonge les juristes dans un embarras tel qu'on peut légitimement s'interroger sur la nécessité d'une telle détermination. Mais alors la difficulté est insoluble car dans les deux cas soit de fixation d'un seuil, soit de flou juridique, le risque d'arbitraire est grand comme en témoignent les infinies précautions prises par le commentateur de l'arrêt précité de la Cour de Lyon. « On

428 Issu de l'ordonnance n° 2005-648 du 06 août 2005. Il est numéroté ainsi depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

429 Plus exactement aux contrats.

430 CA Lyon 10 juil. 1962, préc.

431 P. CORNEILLE, Le Cid, acte IV scène 3.

peut certes prétendre que ce chiffre est arbitraire, pour les uns étant trop faible, pour les autres déjà trop élevé. En tout cas, il est fondé sur *un certain raisonnement* : un nombre de douze actes pour une année suppose nécessairement une *certaine continuité sans trop d'intervalles et une certaine stabilité* »[432]. Pour notre part, il semble que fixer un nombre d'acte au-delà duquel une activité constituerait une activité professionnelle introduirait une rigidité non souhaitable en ce qu'elle priverait les magistrats de toute possibilité d'appréciation et ne permettrait pas de « coller » à la réalité qui est un besoin inhérent à la recherche de la personne morale non-professionnelle. C'est pourquoi le maintien de l'appréciation souveraine de l'activité professionnelle par les juges du fond est ici particulièrement souhaitable.

202. Autres enseignements de l'article L. 121-26-1 du Code de la consommation. Mais cet article L. 121-26-1 est remarquable à au moins deux autres titres que la seule détermination d'un seuil ou d'une fréquence. Il consacre en effet la possibilité, passé un certain délai, de perdre l'habitude de passer certains actes juridiques. Dans un second temps, il établit que le législateur a souhaité informer différemment le consommateur suivant la position de l'acte dans le déroulement chronologique de la série. Le premier donnera lieu à certaines formalités informatives alors que les suivants en seront exemptés. Cette différence de régime juridique entre le premier acte et les suivants est particulièrement intéressante pour les actes du début de l'activité professionnelle. Il semblerait dès lors concevable que le régime juridique des actes de l'activité professionnelle soit distributif.

c – L'appréciation in concreto du domaine d'activité de la succession d'actes.

203. Appréciation *in concreto*. L'activité professionnelle pour être correctement définie doit être déduite d'une succession d'actes si ce n'est de même nature, au moins dans un même domaine d'activité. Ainsi il apparaît indispensable que cette succession d'actes soit appréciée *in concreto*, c'est-à-dire au regard de l'objet de ces multiples actes et non de leur seule finalité. Sans empiéter sur les

432 J.P.B. note sous CA Lyon 10 juil. 1962, préc.

développements prochains[433], il est possible de recourir à la construction prétorienne concernant l'admission des clauses restreignant ou excluant de la garantie des vices cachés. En effet, force est de constater qu'en la matière, l'appréciation de la spécialité est effectuée de manière très factuelle[434]. Il a par exemple été jugé qu'un grossiste, pourtant professionnel de la vente, n'était pas, contrairement à son vendeur, un professionnel de l'informatique[435], ou encore qu'un assureur n'est pas un professionnel de l'immobilier, l'appréciation concrète de l'activité professionnelle résulte du fait qu'il importe peu que son patrimoine justifie l'existence d'un service immobilier[436].

2 – La nature juridique de l'activité professionnelle des personnes morales.

204. Position du problème. La nature juridique de l'activité professionnelle pourrait être discutée. M. Vincensini a pu affirmer que l'activité était d'une manière générale un fait, et plus particulièrement un fait juridique, tout comme la gestion d'affaires ou la possession[437]. Il relève justement qu'il peut apparaître étrange « qu'une pluralité d'actes (...) débouche sur l'existence d'un fait »[438]. Cependant, une qualification d'acte juridique ne semble pas convenir à l'activité professionnelle.

---

433 *Cf. infra* n° 219 et s.

434 En dépit d'un arrêt : Cass. com. 1er oct. 2002, inédit : pourvoi n° 00-16005 qui confirme l'utilisation par la Cour d'appel du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle à l'égard d'une société œuvrant de la parfumerie pour un contrat d'installation d'un système d'alarme.

435 Cass. com. 15 mai 2001 : pourvoi n° 98-18603.

436 Cass. 3ème civ., 25 avr. 2007, JurisData n° 2007-038516, Contrats conc. consom., 2007, comm. 200, Sur qui pèse la présomption prétorienne de connaissance des vices cachés ? comm. L. LEVENEUR ; Defrénois 2007 p. 1229, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; S. BEAUGENDRE, Un assureur n'est pas un vendeur (d'immeuble) professionnel !, AJDI 2008, p. 27. – On peut également ajouter : Cass. 1re civ. 1er déc. 2011 : pourvoi n° 10-19402 : Une société, productrice de carottes, radis et oignons blancs n'a pas la même spécialité que le grainetier. – Cependant, on ne peut que regretter qu'en d'autres matières, l'activité professionnelle ne soit pas appréciée *in concreto*. Ainsi, dans le cas de l'information précontractuelle, les magistrats de la juridiction suprême ont considéré que le vendeur, bien qu'utilisateur d'un matériau dans son activité professionnelle, est un professionnel vendeur tenu de mettre l'acheteur non-professionnel en situation de connaître les caractéristiques du bien à vendre avant l'accord des volontés : Cass. 1re civ., 1er mars 2005, JCP G 2005, II, 10164, note E. BAZIN.

437 Fr. -X. VINCENSINI, *op. cit.*, spéc. n° 95 s., p. 61 s.

438 *Ibid.*

205. Définition de l'acte juridique. Sans entrer dans les débats doctrinaux, l'acte juridique peut être défini de la manière la plus consensuelle comme « une manifestation de volonté tendue vers un effet de droit et nécessaire à sa production »[439]. Il apparaît que la finalité-objet permettant de lier les actes entre eux constitue la marque d'une volonté réelle et que l'activité exercée peut donner lieu à des effets de droit comme l'application du statut de commerçant. Il semble cependant pour le moins douteux que la qualification d'acte juridique puisse être adéquate. On peut notamment relever que la qualification de commerçant et ses effets n'interviennent que parce que la loi, acte évidemment extérieur à l'activité, le prévoit.

206. Des effets de droit issus d'actes extérieurs à l'activité. La volonté exprimée à travers l'exercice de l'activité professionnelle ne tend aucunement vers la production d'effets de droit, mais vers un résultat économique pour les sociétés ou social au sens large pour les associations. Les éventuels effets de droit qui peuvent survenir suite à l'exercice de l'activité professionnelle n'en sont pas le produit, mais résultent d'actes juridiques distincts. Pour une société, l'activité n'intervient que dans la production d'une richesse ou la réalisation d'une économie par la passation des actes juridiques ou des opérations factuelles qui la composent. Les effets de droit faisant suite à l'exercice de cette activité, résultent en réalité d'actes extérieurs. Ainsi, l'affectation de cette richesse à la personne morale provient, non de l'activité elle-même, mais des actes créant la personne morale dotée d'un patrimoine autonome. De même, les droits pécuniaires des associés, répartissant la richesse issue de l'activité, procèdent notamment du pacte social ou même des décisions internes[440]. Pour une association, le droit de bénéficier des services qu'elle se propose de rendre est la conséquence, non de l'opération factuelle dont résulte l'exercice de son activité, mais de l'acte fondateur ou toute convention conclue avec des tiers[441], lorsque l'activité est destinée à toute personne, ou bien de l'acte d'adhésion à l'association.

---

439 Cl. BRENNER, Rep. civ. Dalloz, V° Acte juridique.
440 Art L. 232-12 et s. du Code de commerce.
441 Notamment en cas d'activité de service public.

207. L'activité professionnelle de la personne morale est un fait juridique. L'activité professionnelle ne produisant pas par elle-même d'effets de droit, il convient de conclure que sa nature juridique ne saurait relever de la catégorie des actes juridiques.

§ 2 – Prépondérance du caractère direct du rapport avec l'activité professionnelle.

208. Après la définition de l'activité professionnelle, il convient d'aborder la nouvelle conception du rapport direct. Celle-ci repose sur une ancienne distinction entre les contrats utiles à l'activité professionnelle et les contrats de l'activité professionnelle (A). Il s'agit ici d'une conception dissidente du rapport direct avec l'activité professionnelle. Pour y parvenir, il conviendra d'exposer les moyens nécessaires (B).

A – Distinction doctrinale entre les contrats utiles à l'activité professionnelle et les contrats de l'activité professionnelle.

209. Origine de la distinction. Une conception dissidente du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle a été formulée en doctrine. Cette acception, non conforme à celle actuellement retenue par la Cour de cassation, a été formulée en doctrine par M. Aubert à l'occasion d'un arrêt du 03 mai 1988 rendu sous l'empire de la loi du 22 décembre 1972, soit avant l'introduction du critère du rapport direct par la loi Doubin du 31 décembre 1989[442]. La Cour avait admis qu'un prêtre pouvait bénéficier des dispositions protectrices sur le démarchage à domicile car la circonstance que le photocopieur acheté était destiné à l'usage de la paroisse était insuffisante à caractériser une acquisition pour des besoins professionnels, critère purement finaliste alors applicable à ce régime de protection. Dans son commentaire, l'auteur faisait la distinction entre les actes qu'il nommait « actes de la profession » et ceux « simplement relatifs à l'activité professionnelle ». Il définissait ces derniers actes comme ceux « destinés à

442 Cass. 1re civ. 03 mai 1988, D. 1988, somm., p. 407, obs. J.-L. AUBERT.

permettre ou favoriser » l'activité.

210. Deux conceptions de la distinction. Comme le Professeur Leveneur l'avait annoncé[443], une fois l'idée d'une telle distinction admise, se pose la question de savoir ce que recouvrent concrètement les contrats relatifs à l'activité professionnelle et surtout où se place le curseur permettant de discerner les actes de l'activité professionnelle de ceux qui y sont simplement utiles. Par exemple, les contrats liés à la sauvegarde du patrimoine professionnel ou les contrats conclus pour promouvoir l'activité professionnelle doivent-ils être considérés comme des actes de la profession ou bien comme des actes simplement relatifs à l'activité professionnelle ? Plusieurs années après l'expression par M. Aubert de son opinion, l'adoption du critère du rapport direct a permis de remettre cette distinction au goût du jour et deux positions se sont alors dégagées.

211. Une conception de la distinction fondée sur l'objet de l'activité. Selon une éminente opinion[444], seraient en rapport direct les contrats inhérents à l'exercice de l'activité professionnelle spécifique du contractant. En revanche ouvriraient droit à la protection des professionnels par le droit de la consommation, les contrats extérieurs à cette activité, ceux que tout professionnel serait en droit de passer à l'occasion de sa profession. La détermination du rapport direct s'opérait donc au sein des contrats conclus dans le cadre ou à l'occasion de l'activité professionnelle par un sous-critère de nécessité, d'impérativité du contrat pour l'activité spécifique. Ainsi, le contrat indispensable et inhérent à cette activité spécifique pourrait être considéré en rapport direct et non celui qui serait simplement utile, celui qui fournirait un moyen d'exercer cette activité. Ainsi en serait-il des contrats relatifs à l'entretien ou à la protection des locaux professionnels[445].

212. Une conception de la distinction fondée sur une classification

443 L. LEVENEUR, note sous Cass. 1re civ. 30 janv. 1996, JCP G 1996, II 22654.

444 D. MAZEAUD, note sous Cass. 1re civ. 30 janv. 1996 et 03 janv. 1996, D. 1996, somm., p. 325 ; Conception réitérée *in* L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, p. 95 s.

445 J-P. PIZZIO, D. 1995, somm., p. 310 ; D. 2000, somm. p. 39.

économique des contrats. Par opposition et conservant malgré tout l'idée d'un partage entre les différents actes accomplis par un professionnel, le Professeur Pizzio a donné une définition teintée d'économie à la détermination du caractère direct du rapport avec l'activité professionnelle[446]. L'auteur a ainsi proposé des sous-critères restreignant considérablement les possibilités de protection par le droit de la consommation en retenant que les contrats en rapport direct avec l'activité professionnelle seraient les contrats qui « assurent le développement et la rentabilité [de l'activité professionnelle] ou ceux qui permettent d'en accroître les profits. Ces contrats sont, d'une part, ceux inhérents à l'activité exercée, comme les contrats de fourniture ou de vente, d'autre part tous ceux dont l'objet s'inscrit dans le processus de production, de distribution ou de commercialisation des produits ou services, tels que l'achat d'un logiciel de gestion ou la souscription d'un contrat de publicité »[447]. Seraient donc susceptibles d'ouvrir droit à protection pour certains professionnels les contrats qui, bien que passés dans le cadre de l'activité professionnelle, s'apparentent à des actes de consommation[448].

213. Appréciation des deux conceptions du rapport direct. Entre les deux positions la première plus protectrice et celle bien plus restrictive proposée par M. Pizzio, il convient d'opérer un choix. Dans la première conception, la notion d'actes inhérents à l'activité spécifique présuppose une comparaison entre l'objet du contrat et l'objet de l'activité et préserve tout le sens du vocable « direct ». *A contrario* le second point de vue nous paraît être certes un accommodement entre l'admission d'une différenciation entre les divers actes d'un professionnel et le critère finaliste. Cet accommodement est empreint de la finalité de l'opération à tel point que l'auteur convient de la rareté de la catégorie des contrats qui ouvriraient droit à la protection[449]. Il convient d'ajouter qu'une telle conception du critère à connotation finaliste visant la maximisation du profit s'adapterait mal à des

446 J.-P. PIZZIO, note sous Cass. 1re civ. 1er déc. 1998, D. 2000, somm. p. 39. Pourtant il ne souscrivait pas à cette conception, préconisant l'abandon de ce critère au profit de la finalité de l'acte.

447 Conception notamment exprimée dans ses observations suivant l'arrêt précité.

448 Conception critiquée notamment par D. MAZEAUD qui la considère trop étriquée, *in* L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, p. 95.

449 J.-P. PIZZIO, Code de la consommation commenté, Montchrestien, 2ème éd., 1996 p. 68 et s.

activités non-économiques. Dans le sillage de M. Pizzio, Mme Sauphanor[450], s'attachant à déterminer les atteintes admissibles à l'unité du droit commercial causées par le droit de la consommation, considère la jurisprudence dominante pour partie mesurée et pour partie excessive. Elle la considère justifiée pour les actes concernant la protection du fonds de commerce et les actes accomplis en vue d'acheter ou de vendre un fonds de commerce. En revanche, sont considérées inadmissibles les entorses au « noyau dur » de la commercialité par accessoire concernant « les actes de pure exploitation » et les actes de promotion de l'activité d'un commerçant. Ainsi, le droit commun devrait être appliqué. Cette doctrine de compromis est intéressante en soi mais est dans le même temps dérangeante. Elle peut aboutir, par l'absence de confrontation à l'objet de l'activité, à ce que certains types de contrats soient arbitrairement classés dans l'une ou l'autre des catégories du seul fait de leur domaine d'intervention. Prenons l'exemple des contrats relatifs à la télésurveillance. M. Pizzio, tout comme Mme Sauphanor, les ont considérés à juste titre mais pour de mauvaises raisons, dans les contrats n'ayant qu'un rapport indirect avec l'activité professionnelle. Les circonstances ne peuvent aboutir à un résultat d'une telle automaticité. Aussi peut-on remarquer simplement que par rapport à son activité un plombier n'a pas une aussi impérieuse nécessité de faire surveiller ses locaux professionnels qu'un bijoutier-joallier. De même pour les actes de promotion de l'activité d'un commerçant, Mme Sauphanor cite une solution relative à la publicité d'un agent d'assurance admettant que de tels contrats ne doivent pas accorder de protection à leur auteur, qui n'est pas commerçant puis considère que la solution vaut également pour les commerçants[451]. Il en résulte que le raisonnement proposé par ces auteurs n'est aucunement lié à l'activité spécifique du professionnel et paraît fondée sur certains types de contrats présumés s'inscrire de part leur but dans toute activité professionnelle. C'est pourquoi, trop extensive et abstraite, cette conception économique du rapport direct nous semble devoir, comme la conception finaliste[452], être écartée telle qu'elle.

---

450 N. SAUPHANOR, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, thèse préc. spéc. n^{os} 141 et s p. 95 et s.

451 *Idem*, spéc. n^{os} 148 et 149.

452 *Cf. supra* n° 96 et s.

214. Une distinction conforme à la *ratio legis*. Dans son principe, cette distinction entre différents actes passés pour les besoins de l'activité professionnelle nous paraît conforme à la lettre et à l'esprit du texte aujourd'hui disparu dont semble provenir le critère du rapport direct[453].

215. Une distinction présente dans de très rares décisions au fond. Étrangement, cette conformité à la *ratio legis*, n'a donné lieu qu'à de très rares décisions au fond. Une première a été rendue par la Cour d'appel de Grenoble relative à la location de matériel de reprographie par un avocat. La Cour a confirmé les premiers juges en retenant que le demandeur conservait sa qualité de consommateur à l'égard du reprographe et que le matériel constituait un « outil utile à l'activité d'avocat » mais qu'il « n'a pas de rapport direct avec l'activité juridique et judiciaire d'un avocat »[454]. La seconde décision émane de la Cour d'appel de Reims qui a également fait application de cette distinction en relevant que « la notion de rapport direct doit s'entendre strictement, et suppose que soit caractérisé le caractère indispensable pour l'activité commerciale, de l'objet du contrat », ce qui n'est selon elle, « pas le cas d'un outil informatique, utile au fleuriste comme il peut l'être à tout commerçant, sans pour autant présenter un lien direct, par nature, avec cette activité précise »[455]. Une autre apparence de cette distinction peut être mise en évidence au travers de la recherche du caractère accessoire du contrat par rapport à l'activité professionnelle. Ainsi, la Cour d'appel de Nîmes[456] a pu considérer que le contrat de maintenance de photocopieurs n'était pas accessoire de l'activité principale d'enseignement d'un collège d'enseignement public. Dès lors, par une interprétation *a contrario* de ces deux derniers arrêts, le contrat accessoire de l'activité professionnelle aurait indubitablement un rapport direct avec cette activité. Pour exemple, prenons un autre arrêt de la Cour d'appel de Grenoble dans lequel celle-ci a tenté de donner une définition du rapport direct avec l'activité professionnelle. Pour elle, il s'agirait

---

453 *Cf. supra* n° 54 et s.

454 CA Grenoble 18 août 1999, JurisData n° 1999-10491. V. distinguant le rapport direct et l'utilité mais admettant tout de même la protection CA Paris 15ème Ch. sect. B 22 sept. 2006, JurisData n° 2006-313423.

455 CA Reims 1re Ch. sect. B, 19 Novembre 2007, JurisData n° 2007-349656

456 CA Nîmes 2ème Ch. sect. A, 20 juin 2002, JurisData n° 2002-196918.

« *pour une entreprise d'assurer la sécurité de ses locaux en raison des risques particuliers auxquels elle est exposée, d'un acte d'exploitation courant, ne la plaçant pas à priori dans un état de dépendance économique ou technique* »[457]. Cette tentative paraît satisfaisante car elle fait appel à une notion connue, l'acte d'exploitation, qui comprend notamment tous les actes de conservation du patrimoine social, ce qui semble avoir été le cas ici. Cependant, l'utilisation du terme « courant » peut laisser penser à l'existence d'un seuil, d'un nombre d'acte au-delà duquel le professionnel ne serait plus en situation de faiblesse. On peut enfin remarquer ou objecter qu'il s'agissait en l'espèce d'une société exploitante d'un fonds de commerce de bijouterie. Ainsi il est parfaitement compréhensible que les actes visant à assurer la sécurité de tels locaux reviennent périodiquement et relèvent de la gestion courante. A bien y regarder, il semble donc que ce contrat soit plutôt un contrat accessoire de l'activité spécifique de bijouterie. En prenant appui sur ces décisions, il peut être déterminé que des contrats relatifs à la fourniture ou la maintenance d'un photocopieur peuvent être considérés comme non accessoires de l'activité réellement exercée, notamment dans le cas d'un bijoutier.

B – Moyens pour y parvenir : combinaison de deux sous-critères.

216. Opérer la différenciation des contrats de l'activité professionnelle et des contrats qui y sont simplement utiles n'est pas chose aisée, mais cela ne saurait être effectué autrement que par une appréciation de la spécialité des parties au regard de l'objet du contrat (1). Cette appréciation s'effectuera par le biais d'un raisonnement comparatif, incluant de nombreux actes dans la protection. Elle doit donc être tempérée par une analyse fondée sur la logique économique de l'opération afin de restreindre quelque peu le nombre d'actes soumis à protection, mais dans des proportions moindres que la proposition de M. Pizzio (2).

1 – Appréciation de la spécialité des parties au regard de l'objet du contrat.

217. Raisonnement comparatif. La distinction entre les contrats de l'activité

457 CA Grenoble, Ch. com. 26 fév. 2004, JurisData n° 2004-251959, préc.

professionnelle et les contrats qui y seraient simplement utiles prend appui tout d'abord sur une comparaison entre la spécialité des parties et l'objet du contrat. Il est à noter que ce mécanisme n'est pas inconnu de la Cour de cassation.

218. Division. Ce raisonnement comparatif est également utilisé par les juridictions sur le fond et plus particulièrement en droit des contrats concernant les clauses limitant ou excluant la garantie des vices cachés (a) et les actes de gestion courante effectués par les organes de gestion du débiteur en situation d'entreprise en difficulté (b).

a – Le secours de l'admission prétorienne des clauses limitant ou excluant la garantie des vices cachés.

219. La jurisprudence relative à l'admission des clauses limitant ou excluant la garantie légale des vices cachés nous apprend que ces clauses ne sauraient être valables entre professionnels de spécialités différentes. Elles sont par conséquent valables entre professionnels de même spécialité ou entre non-professionnels. Cette différence de spécialité sous-entend la situation de faiblesse de l'acheteur par rapport au vendeur. Dès lors, existe-t-il des connections, des points de contact entre les notions de professionnel de même spécialité et l'acception proposée du non-professionnel?

220. Non assimilation du professionnel de spécialité différente et du non-professionnel pour la Cour de cassation. C'est un fait : le nombre d'arrêts de la Cour de cassation évoquant à la fois les notions de professionnels de même spécialité et le rapport direct avec l'activité professionnelle est si limité qu'il ne suffit qu'à justifier l'emploi du pluriel. Ce sont qui-plus-est des décisions de rejet et leurs portées respectives tendraient même à les opposer. Mais la plus grande prudence dans cette tentative d'interprétation cumulative est justifiée par le fait que le second arrêt répond au moyen d'un pourvoi fondé sur une absence supposée de réponse de la décision attaquée aux conclusions d'appel[458]. En revanche, le premier arrêt permet d'éclairer les relations entre les notions de professionnels de même spécialité et la conception proposée de non-

458 Cass. com. 1er oct. 2002 : pourvoi n° 00-16005, inédit.

professionnel[459]. En l'espèce, une société ayant une activité de grossiste avait acheté du matériel et un progiciel à une société d'informatique. Pour des raisons qu'il n'y a pas lieu de détailler, la Cour d'appel avait fait droit à la demande en garantie des vices rédhibitoires. La venderesse s'était alors pourvue en cassation notamment en invoquant que les clauses exonératoires de responsabilité contractuelle sont valables entre professionnels, même de spécialités différentes dès lors que le contrat a un rapport direct avec l'activité professionnelle de l'acheteur. La chambre commerciale a approuvé la Cour d'appel qui avait relevé la différence de spécialité entre les sociétés parties au contrat permettant d'écarter la clause exclusive de la garantie des vices cachés et « enfonce le clou » en ajoutant que la circonstance que le contrat soit en rapport direct avec l'activité de la société acheteuse était indifférente. Cet arrêt de rejet semble établir que, pour cette chambre de la Cour de cassation, aucun parallèle n'est possible entre la conception proposée du non-professionnel et la notion de professionnel de même spécialité. Cette séparation ne nous paraît pas justifiée tant les clauses exonératoires de la garantie des vices cachés sont ce qui s'approche le plus de l'archétype de la clause abusive en ce qu'elle créé un déséquilibre significatif entre les parties au contrat.

221. Impression de manque. Pour ce qui est de la notion de professionnel de même spécialité, il semble que la seule divergence de spécialité entre les contractants soit, pour reprendre les Professeurs Ghestin et Cornu dans leurs commentaires respectifs[460], bien évidemment nécessaire, mais surtout insuffisante à écarter l'application des clauses amoindrissant ou écartant la garantie des vices cachés. L'identité de spécialité permet en effet de supposer que les parties se trouvent sur un pied d'égalité pour négocier le contrat tant dans son contenu juridique que relativement aux caractéristiques de la chose vendue. Mais s'en tenir seulement à comparer entre elles les spécialités des parties ne semble rien apporter. On voit difficilement pourquoi un aménagement conventionnel à la

459 Cass. com. 15 mai 2001 : pourvoi n° 98-18603, inédit.

460 Cass. 3ème civ. 30 oct. 1978 et Cass. com. 06 nov. 1978, JCP G 1979 II 19178 pour le Professeur GHESTIN et pour ces mêmes arrêts pour le Professeur CORNU : RTD civ. 1979 p. 392.

garantie des vices cachés ne pourrait recevoir application dans une vente de véhicule d'occasion entre un artisan plombier et un électricien, professionnels de spécialités pourtant différentes. C'est donc qu'il manque une étape dans le raisonnement. Sauf évidemment mauvaise foi du vendeur, les deux parties non spécialistes se trouvent dans la même situation relativement à l'objet du contrat ; elles ont par présomption le même niveau d'information concernant la chose vendue.

222. Propositions doctrinales insatisfaisantes. Cependant les propositions des deux illustres commentateurs ne semblent pas satisfaisantes. Ni la compétence professionnelle visée par M. Cornu, ni la situation dans le circuit de distribution et donc la notion de client-utilisateur, développée par M. Ghestin, ne paraissent être le chaînon manquant du raisonnement, quand bien-même la chambre commerciale aurait-elle repris cette notion dans son arrêt[461]. En effet si, comme le relève M. Ghestin, il n'est nullement question de compétence dans l'arrêt du 06 novembre 1978, comment la place dans le circuit économique du client-utilisateur entendu comme celui qui achète un bien pour en faire usage dans le cadre de son activité professionnelle et non pour le revendre ou l'incorporer à un autre produit, peut-elle se traduire par une différence de spécialité?

223. Comparaison entre l'objet du contrat et l'activité professionnelle exercée par les parties. Par conséquent, comme Mme Revel[462], nous pensons qu'il est judicieux de combiner la recherche d'identité de spécialité des parties avec l'objet du contrat. Cet auteur relève que cette adéquation, qu'elle nomme rapport direct, entre l'objet du contrat et l'activité du professionnel permet à ce dernier de contrebalancer le déséquilibre existant avec son cocontractant, la validité des stipulations qui diminuent ou anéantissent la garantie légale des vices cachés étant alors possible. Ainsi, dans le cas où, suite à la comparaison entre l'objet du contrat et l'activité professionnelle exercée par les parties, il ressortirait une divergence, la clause relative aux vices cachés encourrait l'invalidation.

461 Cass. com. 06 nov. 1978, préc.
462 Note. J. REVEL sous Cass. com. 03 févr. 1998, D. 1998, Jur. p. 455.

224. Indices de cette comparaison. Cette nécessaire comparaison a forcément lieu dans le cheminement intellectuel des magistrats, mais il s'agit le plus souvent, à la manière d'une « exoplanète », de se contenter d'en révéler les indices de présence plus que d'en constater l'existence. Ainsi, il est possible de relever que parfois les Hauts magistrats comme les juges du fond retiennent qu'au moins l'une des parties n'est pas un professionnel de la vente de l'objet du contrat après avoir précisé quelle était la spécialité de l'activité professionnelle de cette partie.

225. Indices jurisprudentiels de cette comparaison (1). Dès l'admission de la validité des stipulations amoindrissant la garantie légale, la comparaison n'apparaît qu'en filigrane. Par exemple, le 8 octobre 1973, la chambre commerciale, dans son arrêt relatif à la vente d'un camion d'occasion stipulée « aux risques et périls » de l'acheteur, relève que les juges du fond avaient retenu que les deux parties étaient des professionnels du commerce de *véhicules automobiles d'occasion* et donc de même spécialité[463]. La Cour d'appel avait précisé que les contractants avaient pour profession la vente de véhicules d'occasion, mais seulement *après* avoir indiqué que le contrat était relatif à un camion d'occasion. La mise en balance de l'objet du contrat et de l'objet de l'activité semble présente mais de manière quasiment subliminale. Plus tard, la confrontation transparaît également. Dans l'arrêt du 06 novembre 1978 précité, la chambre commerciale retient, dans une vente de pelle mécanique d'occasion, que l'acquéreur, terrassier de profession, n'est pas un mécanicien professionnel de la même spécialité que son vendeur, professionnel de la vente de matériel de chantier[464]. De même, un fabriquant de mobilier ne saurait se voir opposer une limitation ou exclusion de la garantie légale par le fabriquant du matériau novateur vendu[465]. De plus, ce raisonnement n'est pas l'apanage de la chambre commerciale puisqu'il a été également utilisé par la troisième chambre à propos d'une cession de fonds de commerce d'hôtellerie. La Cour a en effet relevé que le vendeur, exerçant la profession d'hôtelier, n'était pas un professionnel de la vente

463 Cass. com. 08 oct. 1973, D. 1973, somm. p. 152 ; JCP G 1975, II, 17927, note J. GHESTIN.
464 Cass. com. 06 nov. 1978, préc.
465 Cass. com. 04 nov. 1980 : pourvoi n° 78-16175, Bull. Civ. IV, n° 365.

face à des néophytes[466]. Il y a bien dans ces cas d'espèce comparaison entre l'objet de la vente et l'objet de l'activité professionnelle[467].

226. Indices jurisprudentiels de cette comparaison (2). Un arrêt bien plus récent fait également application de la comparaison entre l'objet du contrat et l'activité professionnelle dans le cas d'un contrat conclu entre deux non-professionnels de la vente immobilière, mais de manière plus ostensible. Une société d'assurance, venderesse avait fait valoir une stipulation limitant la garantie des vices cachés et obtenu des juges du fond son application. La troisième chambre civile a approuvé la méthodologie de raisonnement de la Cour d'appel : une société d'assurance n'est pas un professionnel de la vente immobilière quand bien-même aurait-elle les moyens de constituer un service en charge des affaires immobilières. Ainsi, la clause de limitation de la garantie des vices cachés peut recevoir application[468].

227. Indices jurisprudentiels de cette comparaison (3). Les juges du fond, forts de leur pouvoir souverain, utilisent toujours cette opération intellectuelle de comparaison. La mise en parallèle est dévoilée par le constat que le professionnel n'est pas un professionnel de la vente *de la chose objet du contrat* après avoir préalablement établi l'activité professionnelle du contractant[469]. Une affaire

---

466 Cass. 3ème civ. 24 janv. 1996 : pourvoi n° 94-10.165.

467 D'autres décisions peuvent être citées : Cass. 1re civ. 20 fév. 1996, pourvoi: 93-21128, Bull. Civ. I, n° 86, relatif à un contrat portant sur des transformateurs électriques. – Cass. com. 15 mai 2001 : pourvoi n° 98-18603, préc., concernant du matériel informatique vendu à un grossiste, pourtant professionnel de la vente – Cass. com., 19 mars 2013 : pourvoi n° 11-26.566, JurisData n° 2013-004789, Contrats conc. Consom. 2013, comm. 129, obs. L. LEVENEUR, à propos de l'achat de deux rotatives par un journal.

468 Cass. 3ème civ., 25 avr. 2007, JurisData n° 2007-038516, Contrats conc. consom., 2007, comm. 200, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 2007 p. 1229, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; S. BEAUGENDRE, Un assureur n'est pas un vendeur (d'immeuble) professionnel !, AJDI 2008, p. 27.

469 CA Colmar 2ème Ch. civ., 24 oct. 1991 : JurisData n° 049878, relatif à la vente d'un tracteur et d'une remorque d'occasion, la Cour d'appel relevant que l'acheteur était transporteur et le vendeur, non seulement ferrailleur, mais également négociant de matériel neuf et d'occasion – CA Aix-en-Provence 3ème Ch. civ., 20 mars 2003 : JurisData n° 2003-220268, vente d'un bien immobilier, ne se préoccupant que de la spécialité de l'acheteur marchand de bien et donc professionnel de l'immobilier – CA Grenoble Ch. com., 22 juin 2005 : JurisData n° 2005-298697 retenant, sur appel en garantie de son vendeur, que l'activité de loueur de véhicules de chantier de l'acheteur, qui laissait à ses clients l'entretien des engins loués, n'avait pas pour objet l'achat pour revendre du concessionnaire-vendeur du matériel – CA Nancy 1re Ch. civ., 06 fév. 2006 : JurisData n°2006-323036, considérant que le vendeur, exploitant de

illustrera bien le propos. La Cour d'appel de Paris a admis l'application d'une clause d'exclusion de garantie des vices cachés en usant de cette comparaison. La société NATIXIS a vendu par lots un immeuble, le contrat contenant une clause dite de « vente en l'état ». Suite à des désordres, les syndicats de copropriétaires de l'immeuble ont assigné le vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés. En appel, pour contester l'applicabilité de cette clause, l'un des syndicats a soulevé la qualité de vendeur professionnel de la société NATIXIS. La Cour d'appel a fort justement relevé que la société venderesse « qui est un établissement financier, n'a pas pour activité professionnelle la vente d'immeuble [...] ni [son] objet social, ni [son] activité réelle [...] ne caractérisent un vendeur professionnel ou une compétence spécifique dans le domaine de l'immobilier faisant présumer la connaissance des vices cachés (...) ». Pour cette raison, la société NATIXIS pouvait se prévaloir de la clause exclusive de la garantie légale[470]. On peut constater que la Cour de Paris a en premier lieu qualifié l'activité professionnelle de la société venderesse, un établissement financier, par la recherche de son activité déclarée ainsi que, et cela doit être noté, de son activité réelle. Ensuite, elle constate que cette activité ne saurait laisser supposer qu'il s'agirait d'un vendeur professionnel permettant de présumer la connaissance des vices.

228. Extension possible du domaine de la comparaison. Il convient de relever que l'usage de cette comparaison est indifférent à la nature physique ou morale des contractants ainsi qu'à la qualité de commerçant ou non de l'une ou l'autre des parties. Dès lors, cette comparaison nous paraît très bien être transposable à

---

carrières, était un professionnel de la pierre et ne pouvait opposer de clause limitative à l'acheteur, professionnel du bâtiment – CA Colmar 1re Ch. civ. sect. B, 08 juin 2006 : JurisData n° 2006-311307, affirmant que le vendeur est un négociant professionnel du matériel vendu contrairement à l'acheteur – CA Paris 25éme Ch. sect. B, 15 sept. 2006 : JurisData n° 2006-317319, précisant dans l'exposé du litige que les deux parties à la vente étaient des professionnels de la vente de véhicules et faisant application de la clause exclusive de garantie – CA Nîmes 1re Ch. civile B, 30 oct. 2007 : JurisData n° 2007 357655, relevant que le vendeur est un professionnel de la vente d'engins motorisés, notamment à vocation agricole, alors que l'acheteuse est agricultrice.

470 CA Paris 19éme Ch. Sect. A, 09 janv. 2008 n° de RG 06/11929. A noter que cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation mais que celui-ci a été rejeté et ne portait pas sur le problème de l'applicabilité de la clause d'exonération de la garantie des vices cachés : Cass. 3ème civ. 05 mai 2009, n° pourvoi 08-13141.

d'autres domaines, et permettre l'application de certains textes consuméristes aux personnes morales considérées comme non-professionnelles.

b – Le secours de la notion d'acte de gestion courante.

229. La comparaison entre l'objet de l'acte et celui de la personne morale élément de définition des actes de gestion courante. La comparaison entre l'objet de l'acte et l'objet de l'activité est présente dans la détermination des actes de gestion courante durant la période d'observation. L'article L. 622-3 alinéa second du Code de commerce est relatif à la validité à l'égard des tiers de bonne foi des actes de gestion courante que le débiteur en difficulté peut accomplir sans l'aide de l'administrateur. En l'absence de définition légale, les contours de la notion s'esquissent peu à peu sous les coups de fusain hésitants d'une jurisprudence encore peu abondante[471]. Trois éléments semblent devoir être pris en considération par les solutions jurisprudentielles[472]. Le premier élément est la fréquence de l'opération ou au moins que de celle-ci se dégage une certaine régularité[473], le second est l'importance ou la gravité modeste de l'opération [474] et

---

471 P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS, Panorama de jurisprudence en matière de redressement et de liquidation judiciaires, D. 2006 p. 79. Un tour d'horizon de la législation commerciale permet de donner une définition négative de l'acte de gestion courante. Néanmoins, il a été courageusement proposé une définition positive de l'acte de gestion courante comme celui « qui est réalisé par le débiteur dans le cadre de son activité professionnelle quotidienne ou qui est réalisé très fréquemment. Ainsi, c'est un acte à caractère répétitif » (Ch. LEBEL, Notion d'acte de gestion courante dans le cadre d'une activité agricole, Rev. proc. coll. 2009, comm. n° 35). ou encore antérieurement comme l'acte « qui permet à l'entreprise de fonctionner au quotidien » (P. -M. LE CORRE et Fr. -X. LUCAS, préc.)

472 Il convient néanmoins d'indiquer que la jurisprudence est peu lisible car les combinaisons entre eux ne sont pas systématiques, ce qui souligne les mérites des définitions ci-dessus reproduites.

473 Pour la vente d'un cheval par un lycée agricole dispensant des cours relatifs à l'élevage d'équidés, voir l'opinion de Mme LEBEL, note sous CA Grenoble, 1re ch. civ., 19 mai 2008, Ass. Tricastin Baronnies c/ Douron : JurisData n° 2008-363858, Rev. proc. coll. 2009, comm. 35. Pour une application à la conclusion de contrats d'assurance : Cass. 1re civ. 23 sept. 2003 : pourvoi n° 99-11379.

474 Il convient d'indiquer que la gravité de l'acte n'est en rien commune à la dichotomie du droit des biens concernant les actes d'administration et les actes de disposition (Ch. LEBEL, note sous Cass. com. 27 nov. 2001, Rev. proc. coll. 2003, p. 11). Au regard de la jurisprudence, la gravité semble être entendue comme une altération modérée de l'actif de l'entreprise. C'est ainsi qu'en matière de contrat de travail, il semble que la durée et donc son poids sur l'actif de l'entreprise, soit prépondérante. L'embauche d'un salarié, la nomination à un poste à responsabilités n'entrent pas en principe dans la qualification d'acte de gestion courante (la plupart des décisions sont relatives à des contrats à durée indéterminée ou des contrats dont la durée excède une année : Cass. com. 03 avr. 1990 : pourvoi n° 85-46530, Bull. civ. IV, n° 115 – Cass. soc. 30 mai 2001 : pourvoi n° 99-42769, Act. proc. coll. 2001/16, n° 203, obs. C. RÉGNAUT-MOUTIER – Cass. soc. 07 nov. 2007 : pourvoi n° 06-40896 – Cass. soc., 29 mai

le troisième, l'objet de l'acte. S'agissant du troisième indice, il est opéré par les juges une mise en balance entre l'objet de l'acte et l'activité de l'entreprise[475]. Cette opinion ressort d'un arrêt de cassation en date du 27 novembre 2001. Dans cette décision de principe, la chambre commerciale met ouvertement en application une comparaison entre l'objet de l'acte et l'activité de la société en considérant que des ventes d'appartements et *a fortiori* les contrats de réservation de tels biens, constituent des actes de gestion courante « compte tenu de l'activité » de la société de construction[476]. Il reste néanmoins à savoir si c'est l'activité réelle qui doit être prise en compte ou bien, pour le cas des personnes morales et plus particulièrement des sociétés, s'il doit s'agir de l'objet social[477]. Comme le fait remarquer Mme Lebel, l'article devenu L. 622-3 du Code de commerce s'applique à tous les débiteurs, personnes physiques ou personnes morales que ces derniers aient une forme sociétaire ou non[478]. De plus, il convient d'ajouter que l'activité exercée peut ne pas correspondre à l'activité statutaire[479]. Par conséquent, on ne peut logiquement que rechercher à confronter l'acte à l'objet de l'activité réelle de l'entreprise ou de la personne morale. En

---

2013 : pourvoi n° 11-22.834 : JurisData n° 2013-011424 – Cass. soc., 29 mai 2013 : pourvoi n° 12-17.158, inédit, Rev. proc. coll, 2014, comm. 58, par Ch. LEBEL), à l'inverse de l'embauche pour quatre mois d'un salarié peu qualifié justifiée par une augmentation soudaine de l'activité (Cass. soc. 21 sept. 2005 : pourvoi n° 03-41598, D. 2006, somm. 79, obs. P.-M. LE CORRE, JCP E 2006, 1066, n° 2, obs. Ph. PETEL, JCP S 2005, 1352, obs. P. MORVAN) ou bien la conclusion d'un contrat d'apprentissage (CA Rouen, ch. soc., 13 oct. 2009, Rev. proc. coll. 2010, comm. 157, obs. Ch. LEBEL). De même ne relèvent pas de la gestion courante les missions confiées à un cabinet d'avocats dont le montant et la nature se trouvent être si importants qu'une telle qualification ne peut qu'être exclue (Cass. com., 30 mars 2010 : pourvoi n° 09-10.729, Rev. proc. coll. 2010, comm. 156, obs. Ch. LEBEL). En revanche la souscription d'un contrat d'assurance a été considérée comme un acte de la gestion courante (Cass. 1re civ. 23 sept. 2003 : pourvoi n° 99-11379). De même, il a été jugé que des actes de vente ou de réservation d'appartements pouvait relever de la catégorie des actes de gestion courante (Cass. com. 27 nov. 2001 : pourvoi n° 99-10378 D. 2002, AJ p. 402, obs. A. LIENHARD, Rev. proc. coll. 2003, p. 11, comm. n° 6, obs. Ch. LEBEL ; Act. proc. coll. 2001, comm. 2, obs. J. VALLANSAN ; JCP E 2002, n° 20, p. 805, obs. M. CABRILLAC – Cass. com. 22 mai 2007 : pourvoi n° 04-20801, Rev. proc. coll. 2007, p. 125, comm. n° 4, obs. Ch. Lebel. Un arrêt au fond n'est pas plus éclairant : CA Chambéry, ch. Com., 06 mars 2007, JurisData n° 2007-336935, Rev. proc. coll. 2008, comm. 9, obs. Ch. LEBEL).

475 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Paris, Montchrestien, 4ème éd. 2001, n° 506.

476 Cass. com. 27 nov. 2001, préc.

477 J. -P. LEGROS, Dr. sociétés 2002, comm. 40.

478 Ch. LEBEL, note sous Cass. com. 27 nov. 2001, préc.

479 J. -P. LEGROS, J. -Cl. Procédure Collectives, fasc. 2162, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Qualité du débiteur. – Personne morale. spéc. n° 184.

considération de ces arguments, la décision non-publiée du 22 mai 2007 apparaît pour le moins étrange en ce qu'elle fait ouvertement référence à l'objet social en le mentionnant de manière si succincte qu'on est en droit de se demander s'il ne s'agirait pas finalement de l'activité réelle[480].

2 – Tempérament par une analyse fondée sur la logique économique.

230. Modération nécessaire. La distinction entre actes utiles et actes de l'activité professionnelle peut aisément reposer sur une comparaison entre l'objet de l'acte et l'objet de l'activité réellement exercée, la jurisprudence étant amenée à user de ce procédé de qualification. Cependant cette confrontation entre objet du contrat et objet de l'activité professionnelle comporte pourtant un risque, celui d'une admission très (trop ?) large de la protection des professionnels par le droit de la consommation. C'est pourquoi, pour satisfaire aux impératifs de sécurité juridique et de justice contractuelle, ce procédé ne saurait être en lui-même satisfaisant, car certains actes entrant pourtant dans le processus de production de biens et services et relevant donc de l'activité professionnelle pourraient en être exclus de l'activité professionnelle par le jeu de la seule comparaison d'objet à objet. En effet, l'outillage utilisé dans la fabrication de biens ou les prestations de service ne sauraient par l'effet d'une comparaison seule entrer dans l'activité professionnelle. Pourtant, le lien direct avec cette activité ne fait aucun doute. Le seul rapprochement entre l'objet de l'acte et l'objet de l'activité est insuffisant à caractériser le rapport direct. Dès lors, dans certains cas une forme d'analyse économique doit y être adjointe afin d'éviter les protections injustifiées. L'utilisation de l'adjectif « direct » reprendrait alors tout son sens.

231. Activités de prolongement. Pour déterminer quels sont les contrats que l'on peut considérer en rapport direct avec l'activité professionnelle d'une personne, il convient de s'attacher à rechercher quelle place l'acte en question occupe dans le processus économique issu de cette activité professionnelle spécifique[481]. Il est

480 Cass. com. 22 mai 2007, préc.

481 On ne peut aucunement se défaire de la confrontation proposée entre l'objet du contrat et celui de l'activité professionnelle.

cependant nécessaire d'entendre le processus économique de manière restrictive, à savoir comme tous les « actes de pure exploitation »[482]. Pour préciser cette idée, un texte peut avoir valeur de référence. Au sens de l'article L. 311-1 du Code rural, « sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation (...)». Intéressons-nous aux activités qui se trouvent dans le prolongement de l'acte de production.

232. Définition des activités de prolongement. Il s'agit d'une partie des activités dérivées de l'exploitation comme la commercialisation ou encore la transformation des produits de l'activité agricole[483]. Par cette définition, le droit se saisit une fois de plus de l'économie. La notion de prolongement fait appel à une description verticale du circuit économique, conception que l'on retrouve dans les concentrations verticales lesquelles consistent pour un opérateur économique à contrôler l'ensemble d'un processus économique de l'amont à l'aval. Dans cet esprit, les actes de la profession sont ceux effectués en amont et en aval de l'activité spécifique, sans pour autant constituer par eux-même une nouvelle activité. Les actes utiles à l'activité professionnelle sont tous les autres, ceux qui économiquement ne sont pas rattachés à l'activité professionnelle.

233. De quelques exemples de contrats de l'activité professionnelle. Les actes de l'activité professionnelle peuvent être compris comme ceux qui fournissent les moyens d'exercer l'activité spécifique. Ce sont les actes effectués en amont de l'activité : achat de matières premières pour les industries, de semences, produits phytosanitaires ou fourrages et divers granulés, ou encore de bestiaux afin d'augmenter le cheptel pour les activités agricoles, les fournitures de biens à revendre pour les commerçants. Ces contrats sont ceux qui après la comparaison d'objet à objet, constituent le « noyau dur », pour reprendre le mot

482 N. SAUPHANOR, thèse préc. spéc. n° 150 approfondissant : J.-P. PIZZIO, Code de la consommation commenté, 2ème éd., Paris, Montchrestien, 1996, n° 106 et s. p. 66.

483 D. KRAJELSKI, Droit rural, préf. J. FOYER, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2009.

du Professeur Sauphanor-Brouillaud à propos de la commercialité[484], des contrats de l'activité professionnelle. Peuvent de plus être ajoutés pour les activités de service ou même de production, les contrats ayant pour objet l'acquisition ou la possession de matériel spécifique et indispensable à l'activité considérée, tels que des machines outils. Ces contrats peuvent aller de l'achat ou la location de matériel informatique pour des activités dont de tels matériels constituent les outils principaux de travail, comme par exemple pour des professionnels de la programmation informatique, jusqu'à l'achat de divers matériaux de construction pour les artisans de ce domaine. À ces actes, il convient d'adjoindre ceux qui constituent la conséquence économique logique de l'activité concernée, les contrats qui se situent dans le prolongement de l'activité professionnelle. Il s'agit par exemple des contrats réalisant une opération de dessaisissement ou de transformation des biens produits lors de l'activité professionnelle ou d'exécution d'une prestation de service, etc. L'ensemble de ces contrats, en amont et en aval de l'activité, ne serait pas susceptible d'offrir de protection relevant du droit de la consommation en ce qu'ils se trouvent être en rapport direct avec l'activité professionnelle. On est donc loin de la position de M. Pizzio pour lequel les actes en rapport direct sont ceux qui ont pour but de maximiser le profit[485]. Contrairement à cette conception du rapport direct, les contrats relatifs à la publicité devraient selon nous être considérés en rapport indirect avec l'activité. À s'en tenir à cette optique économique, les activités dont l'exploitation agricole est le support[486], telles que les activités touristiques et de loisirs, caractérisent de nouvelles activités professionnelles distinctes de l'exploitation elle-même et ne sont pas non plus aptes à permettre une protection consumériste.

234. Les contrats dépourvus de rapport direct. Par opposition, pourraient ouvrir droit à une protection consumériste, les contrats que n'importe quel professionnel serait à même de passer pour les besoins de son activité[487], sauf à rentrer de le processus de l'activité professionnelle spécifique. À titre d'illustration, il est

484 N. SAUPHANOR, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, thèse préc. spéc. nº 146, p. 98.

485 *Cf. supra* n° 212 et 213.

486 Visées dans le Code rural.

487 *Cf. Supra* n° 211 et la référence à D. MAZEAUD.

possible de citer les contrats relatifs au matériel informatique affecté service comptabilité d'une entreprise, les contrats de fourniture de photocopieurs, ceux de feuilles de papier, d'enveloppes, de lecteurs de chèques, de machines distributrices de boissons et leurs contrats de fourniture, de véhicules de fonction, etc. Il s'agit là des contrats qui sont, selon la conception du Professeur Mazeaud, extérieurs à l'activité professionnelle.

235. En guise de conclusion. En conclusion, on peut relever que de manière étonnante, la Cour de cassation utilise déjà une variante assez proche dans son raisonnement du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle tel que proposé. La Cour de cassation n'applique cependant pas ce raisonnement en droit de la consommation mais en droit processuel, et plus particulièrement pour la détermination de l'intérêt à agir d'une association défendant un intérêt collectif. Cette question fait actuellement l'objet d'une importante évolution jurisprudentielle passant outre le principe d'une habilitation législative. Fondée sur l'exigence de la démonstration d'un préjudice direct et personnel de l'association, cette évolution conduit les juridictions à tenir un raisonnement comparatif entre d'une part son objet social et l'objet de sa prétention ou du litige d'autre part[488]. La logique économique n'est pas en reste et la Haute juridiction fait également application des actes de prolongement. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 18 septembre 2008 dans lequel la première chambre civile a considéré recevable l'action en justice

---

488 En droit civil : Cass. 1re civ. 02 mai 2001 : pourvoi n° 99-10.709 : JurisData n° 2001-009336 ; JCP G 2008, II, 10020, note B. PARANCE ; D. 2001, p. 1973, note J.-P. GRIDEL. – Cass. 2ème civ., 27 mai 2004 : pourvoi n° 02-15.700 : JurisData n° 2004-023895 ; JCP G 2004, IV, 2467 ; D. 2004, p. 2931, obs. E. LAMAZEROLLES – Cass. 3ème civ. 26 sept. 2007 : pourvoi n° 04-20636, D. 2007 p. 2535, obs. A. VINCENT, *ibid.* chron. p. 2757 par A.-C. MONGE et F. NÉSI, D. 2008 chron. p. 2894 par Ph. BRUN et P. JOURDAIN, JCP G 2008, II 10020, note B. PARANCE, RTD civ. 2008, p. 305, obs. P. JOURDAIN – Cass. 1re civ. 18 sept. 2008 : pourvoi n° 06-22038, JCP G 2008, II 10200, D. 2008 p. 2437 obs. X. Delpech, D. 2009 chron. p. 393 obs. E. Poillot – Cass. 3ème civ. 1er juil. 2009 : pourvoi n° 07-21.954 ; JCP G 2009, 454, note N. DUPONT – Cass. 3ème civ. 08 juin 2011, D. 2011 p. 2635 obs. G. FOREST, ibid. p. 2694 obs. F. -G. TRÉBULLE, RTD civ. 2011 p. 765, obs. P. JOURDAIN – Cass. 1re civ. 02 oct. 2013 : pourvoi n° 12-21152, inédit.

En droit pénal pour l'action civile des groupements, la correspondance est recherchée entre l'intérêt collectif défendu par l'association et l'infraction poursuivie : Cass. crim. 12 sept. 2006 : pourvoi n° 05-86.958, LPA 19 janv. 2007 n° 15 p. 13, commentaire H. K. GABA, RSC 2007 p. 303, note J. -H. ROBERT ; Cass. crim. 09 nov. 2010 : pourvoi n° 09-88.272, D. 2010 p. 2707, obs. S. LARVIC ; D. 2010. p. 2760 entretien avec G. ROUJOU DE BOUBÉE ; D. 2011 p. 112 comm. M. PERDRIEL-VAISSIÈRE. Comp. Cass. crim. 07 avr. 2009 : pourvoi n° 08-84627.

d'une association en défense d'intérêts collectifs dès lors que lesdits intérêts entraient dans son objet social, ce que l'on savait déjà[489]. Mais la première chambre a ajouté que l'action était possible même « en l'absence de prévision statutaire expresse »[490]. Cette précision semble attester que pour la Cour de cassation, une telle action constitue un acte se trouvant dans le prolongement de l'activité professionnelle entendue comme objet statutaire de l'association concernée[491]. On comprend donc que dans cette évolution jurisprudentielle, l'action en justice de ces personnes morales n'est acceptée que parce qu'elle se trouve en rapport direct avec leur activité professionnelle.

Section II
De l'existence ou non de personnes morales non-professionnelles par application du critère du rapport direct renouvelé.

236. Introduction. L'activité professionnelle des personnes morales est définie par leur objet. Elles peuvent passer des contrats dont le rapport avec cette activité peut n'être qu'indirect. L'éloignement de l'acte et de l'activité résulte d'une comparaison entre l'objet de l'activité et l'objet du contrat combiné à une approche économique. Parallèlement, il ne fait aucun doute que les personnes, morales ou non, qui exercent une activité économique passent un certain nombre de contrats qui se trouvent être en rapport direct avec leur activité, d'autres ne pouvant, à

489 V. not. Cass. 3ème civ. 26 sept. 2007 : pourvoi n° 04-20636 ; D. 2007 p. 2535, obs. A. VINCENT ; *idem*. chron. p. 2757 par A.-C. MONGE et F. NÉSI, D. 2008 chron. p. 2894 par Ph. BRUN et P. JOURDAIN, JCP G 2008, II 10020, note B. PARANCE, RTD civ. 2008, p. 305, obs. P. JOURDAIN.

490 Cass 1re civ. 18 sept. 2008 : pourvoi n° 06-22.038, JCP G 2008, II 10200, D. 2008, p. 2437 obs. X. DELPECH, D. 2009 chron. p. 393 obs. E. POILLOT.

491 Faut-il y voir un élargissement de la conception de l'objet statutaire des associations et un rapprochement de la notion d'objet social?

l'issu de la comparaison évoquée être qualifiés comme tels. Ces contrats en rapport indirect ouvrent aux professionnels la qualification de non-professionnel dans les contrats où ils seraient la partie faible. Cependant, une question se pose : les personnes morales n'exerçant pas d'activité économique peuvent-elles jamais contracter dans leur domaine d'activité ?

237. Division. Il convient d'étudier ce phénomène au sein des personnes morales de droit privé (§ 2) puis au sein des personnes de droit public (§ 2).

§ 1 – Parmi les personnes morales de droit privé.

238. Les activités non-économiques, non-professionnelles par nature ? Il a été démontré que la finalité d'une personne morale ne permettait pas de déterminer si une telle personne devait être qualifiée de non-professionnel. Par ailleurs, *a priori*, certains types d'activités devraient par eux-mêmes ouvrir droit aux personne morales au bénéfice de certaines règles du droit de la consommation. On songe ici aux activités philanthropiques ou politiques. En effet, les personnes morales exerçant de telles d'activités pourraient être considérées comme non-professionnelles en toutes situations et ainsi bénéficier systématiquement de protections.

239. Professionnalité et extrapatrimonialité de l'activité. En réalité, tout dépend de la manière dont est exécutée l'activité, quelle qu'elle soit. Penser que par la nature de son activité une personne morale puisse être considérée comme non-professionnelle relève de l'approximation. De prime abord il pourrait être défendu que les associations seraient des personnes morales non-professionnelles par nature, la nature extrapatrimoniale de l'intérêt collectif défendu par une telle personne impliquant alors le caractère non-professionnel de l'activité. Or, la nature de cet intérêt ne saurait exclure par elle-même la qualification de professionnel dans les relations contractuelles. Une association de défense de l'environnement, valeur extrapatrimoniale par excellence, qui agirait en justice pour se voir reconnaître un droit à indemnisation suite à des atteintes

portées à l'environnement ne pourrait être qualifiée de non-professionnel dans ses relations avec son conseil. La défense d'un intérêt passe notamment par la possibilité de faire valoir son droit devant le juge, il existe donc bien un rapport direct. C'est pourquoi il nous semble que l'extrapatrimonialité de l'activité d'une personne morale n'est aucunement le gage de son caractère non-professionnel.

240. La non-professionnalité par nature de la personne morale repose sur le défaut de caractère professionnel de son activité. Ainsi toutes les personnes morales sont susceptibles d'être considérées dans une relation contractuelle comme professionnelles, mais cela tient moins à l'objet de l'activité qu'au caractère de celle-ci. L'activité professionnelle a été définie comme un fait juridique consistant dans une succession intentionnelle d'actes effectuée dans un domaine apprécié *in concreto* et basée sur une finalité-objet[492]. Tout repose en réalité sur la succession intentionnelle d'actes qui doit, rappelons-le, revêtir une certaine fréquence appréciée *in concreto*. En effet, un être moral qui ne passerait que très peu d'actes juridiques avec des professionnels ne pourrait aucunement se voir qualifiée de professionnel, son activité ne pouvant être affublée d'une telle qualité. Ainsi il apparaîtrait inutile de rechercher si ledit contrat possède un rapport direct avec cette activité. Plusieurs exemples peuvent illustrer cette idée. Prenons le cas d'une association de pétanquistes[493] dont la formation n'a servi concrètement qu'à permettre d'obtenir des autorités municipales le droit pour ses membres d'user d'un local attenant à leur terrain de prédilection. Mis à part l'éventuel renouvellement de la convention, les relations d'une telle association avec des professionnels[494] ne pourront en aucun cas autoriser ces derniers à lui opposer une qualité de professionnel. De même pour une association éducative qui ne négocierait que rarement certaines activités ou visites. Cependant, il n'est pas certain qu'un parti politique puisse bénéficier du seul fait de la spécificité de son activité, des protections consuméristes, encore que tout dépende de la structure, locale ou nationale et de la fréquence des relations contractuelles avec

492 *Cf. supra* 192 et s.
493 L'exemple pourrait fonctionner pour tout autre jeu de boule, la lyonnaise par exemple ou même les palets.
494 À condition que le partenaire à la convention puisse être considéré comme professionnel.

des professionnels. Dans le cas d'une structure nationale organisant des « meetings » ou d'autres rassemblements, il semble qu'elle ne puisse, du fait de la répétition de tels évènements revendiquer le bénéfice notamment de la prohibition des clauses abusives, bien que la fréquence puisse dépasser l'année en fonction des échéances électorales d'échelle nationale. En revanche, il nous paraît en aller différemment pour une structure locale, dont la quantité de rendez-vous militants d'ampleur est plus modeste. Denier exemple, la société civile immobilière dite « de famille » ne nous semble pas pouvoir être considérée comme non-professionnelle par nature. Tout dépendra en effet de son activité sociale. Si celle-ci ne consiste que dans la gestion et l'exploitation d'un bien immobilier notamment par la mise à disposition gratuite de ce bien, il est fort probable qu'elle puisse être qualifiée de non-professionnel[495]. En revanche, une telle société qui mettrait en location de nombreux biens, bien qu'étant constituée entre membres d'une même famille[496], pourrait valablement se voir opposer la qualité de professionnel.

241. Conclusion, existence de personnes morales non-professionnelles par la faible fréquence de contrats dans le cadre de leur activité. Par conséquent, il est possible de considérer que certaines personnes morales peuvent être qualifiées de non-professionnelles même pour les contrats aptes à être considérés comme en rapport direct avec leur activité mais cela relève plus de la faible récurrence de ces contrats que de l'objet spécifique de leur activité, de leur forme juridique ou encore des personnes qui la composent.

§ 2 – Parmi les personnes morales en charge d'un service public.

242. Activité de service public et activité professionnelle. Une activité de

---

495 À noter qu'en matière de crédit immobilier, dont la législation se réfère à l'objet social ou à l'activité réelle pour exclure ses protections, la jurisprudence n'attache aucune importance au nombre de biens concernés par l'activité : Cass. 1re civ. 11 oct. 1994 : pourvoi n° 92-20563, Bull. civ. I, n° 285.

496 Notamment selon les modalités des articles 10 et 13 de la loi du 06 juillet 1989 à savoir une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, laquelle peut conclure comme des personnes physiques des baux d'une durée de trois ans au lieu de six comme imposé aux autres personne morales.

service public est-elle par elle-même susceptible de permettre aux personnes qui l'exercent de se défendre contre notamment les clauses abusives ? Autrement dit, l'activité professionnelle consistant en un service public implique-t-elle que l'ensemble des contrats conclus par la personne qui en a la charge soient fatalement dépourvus de rapport direct avec le service public ? Une réponse brillant par sa simplicité ne paraît malheureusement pas possible.

243. Le droit de la consommation source de légalité des actes administratifs. À titre liminaire, il convient de relever que le droit de la consommation a, tout comme le droit de la concurrence, fait « une entrée fracassante » dans le bloc de la légalité administrative. Élargissant sans cesse les sources de la légalité à d'autres horizons que le seul droit administratif, la jurisprudence administrative en est venue à imposer à l'administration des obligations issues de règles consuméristes[497]. Cette intégration du droit de la consommation au « bloc de légalité » repose sur une assimilation des protagonistes de la relation de service public aux qualifications du droit de la consommation[498]. Ainsi, une analogie est faite, encore qu'elle ne soit pas exprimée[499], entre les situations de l'usager, en l'occurence un professionnel agissant hors de sa spécialité, et du consommateur d'une part et du prestataire de service public au professionnel[500]. Pour intéressante qu'elle soit, cette jurisprudence n'en est pas moins relative à une relation déséquilibrée entre l'administration ou la personne chargée de l'exécution d'une mission de service public et les usagers, déséquilibre existant au profit du gestionnaire de service public[501]. L'introduction de cette nouvelle source de la

---

497 CE 11 juil. 2001 Société des Eaux du Nord, n° 221458 **r**ec. p. 348, concl. BERGEAL ; D. 2001 p. 2810, note J. AMAR ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 15ème éd., Paris, Dalloz, 2005, spéc. 104.5 – CE 13 mars 2002, n° 177509. V. néanmoins pour le refus d'une telle application à un service public à caractère administratif, contrairement aux conclusions du rapporteur public F. BÉROUJON : TA Lyon 31 mai 2012, LPA 2012 n° 178, p. 15 .

498 Sur cette assimilation, V. S. LAFONT, La soumission des personnes morales de droit public au droit de la consommation, Bibl. dr. Ent., t. 82, Paris, Litec, 2009.

499 V. J. AMAR, note préc.

500 Ainsi pour un établissement hospitalier assimilé à un distributeur responsable du fait d'un produit défectueux au sens de la loi du 19 mai 1998 : CE 09 juil. 2003, Assistance Publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk, rec. p. 338.

501 L'identité entre consommateur et usager opposés à l'administration assimilée au professionnel se pose de longue date : P. DELVOLVÉ, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, Dr. adm. oct. 1993, p. 4 ; C. BARBIER, L'usager

légalité administrative a pu être décriée comme manifestant des incompatibilités qui devaient être résolues, voire considérée comme inutile[502].

244. Les personnes publiques bénéficiaires du droit de la consommation ? Les personnes gérant un service public peuvent donc se voir opposer des règles de droit de la consommation. Mais une autre question semble devoir être examinée et paraître infiniment plus insolite au regard du peu d'intérêt manifesté par la doctrine à son égard. Les personnes morales *en charge* d'un service public peuvent-elles *bénéficier* des dispositions protectrices du droit de la consommation ? Certains auteurs ont estimé qu'une telle possibilité devait être écartée à propos des personnes publiques[503]. Cette position s'appuie sur un arrêt du Conseil d'État du 23 février 2005[504] rendu sur recours objectif contre diverses dispositions du Code des marchés publics de 2004 et en particulier contre son article 15 relatif à la possibilité pour l'administration de reconduire un marché public et ce, par dérogation à l'impératif de mise en concurrence. L'illégalité alléguée s'appuyait sur le fait qu'imposer une telle reconduction au candidat sélectionné aurait été contraire aux protections consuméristes contre les clauses abusives. Après avoir rappelé le texte de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, puis que les dispositions du Code des marchés publics permettent aux personnes publiques de recourir aux prestations de professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, les magistrats rejettent laconiquement l'illégalité. Ils relèvent que l'article précité « ne s'applique qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur ». Deux interprétations sont alors possibles. Selon la première, l'administration ne saurait être considérée comme un consommateur et ainsi bénéficier des protections consuméristes. Une telle compréhension de la décision n'emporte pas la conviction et ne paraît pas refléter le point de vue du Conseil

---

est devenu le client du service public ?, JCP G 1995, I 3816.

502 F. BEROUJON, L'impact des règles issues du droit de la consommation, JCP A 2007, p. 2283 – G. LAZZARIN, L'application du droit de la consommation aux services publics, Les contradictions de la jurisprudence Société des eaux du Nord, RFDA 2011, p. 591.

503 F. LICHÈRE, Règles de concurrence et marchés publics, JCP A 2007, p. 2284, spéc. note 3.

504 CE 23 fév. 2005, n° 264712, Assoc. Transparence et moralité des marchés publics, JurisData n° 2005-068145 ; Contrats et Marchés publ. 2005, comm. 107, obs. G. ECKERT

d'État, d'autant que l'article L. 132-1 du Code de la consommation. les personnes publiques ne sont pas exclues des protections[505]. Comme le Professeur Clamour l'écrit, cette « analyse mérite d'avantage de nuance »[506] notamment compte tenu du contexte dans lequel l'article L. 132-1 du Code de la consommation est avancé. Il ne s'agit pas, comme dans l'arrêt Société des Eaux du Nord d'une illégalité invoquée par un usager[507] à l'encontre du règlement du service de distribution des eaux et annexé au contrat de concession délivré au distributeur, mais il est fait valoir l'illégalité de l'article 15 du Code des marchés publics. Cette différence de contexte revêt une importance majeure. En réalité, dans le recours ayant donné lieu à l'arrêt du 23 février 2005, il convient de tenir compte, non pas de la qualité de la personne qui impose la reconduction du marché – la personne pouvant recourir aux marchés publics, mais de celle du candidat au marché public – à savoir un professionnel qui agit, lui, en rapport direct avec son activité professionnelle. Cette conclusion semble pouvoir être appuyée par le rappel effectué par le Conseil d'État de la définition des marchés publics : les personnes pouvant y avoir recours font appel à des professionnels pour répondre à leurs besoins. Or, seul le non-professionnel ou consommateur a qualité pour invoquer le caractère abusif d'une clause, cette possibilité n'étant pas ouverte au professionnel. Il en résulte que dans les marchés publics, bien que l'administration puisse imposer la reconduction du marché et que cette clause puisse être qualifiée d'abusive, le professionnel ne saurait se prévaloir de ce caractère. Par conséquent, il est loisible de penser que le Conseil n'a fait que constater « que la clause n'est pas le fait du professionnel ce qui présente l'avantage de réserver, en jurisprudence administrative, la question de la qualification de l'acheteur public en consommateur »[508], ou plus exactement en non-professionnel[509]. Cette possibilité a été récemment évoquée, marque que petit à petit l'idée fait son chemin[510]. Il

505 CA Versailles, 17 nov. 2006, Commune d'Attainville, RG n° 05/04455. disponible sur Lamyline.fr.

506 G. CLAMOUR, J. -Cl. Administratif, fasc. 150-10 : Personnes publiques et droit de la consommation, spéc. n° 53.

507 Qu'il soit particulier ou professionnel.

508 G. CLAMOUR, préc.

509 CA Versailles, 17 nov. 2006, Commune d'Attainville, préc.: qui admet que la commune peut se prévaloir, dans le cadre d'un contrat d'assurance, de la qualité de non-professionnel.

510 F. BÉROUJON, Le consommateur et le juge administratif – Réflexions sur l'application du

convient de s'interroger toutefois sur le critère d'application du droit de la consommation par le juge administratif.

245. Le problème non résolu du critère d'application du droit de la consommation par le juge administratif. M. Béroujon fait valoir que lorsque la cause d'un contrat d'une personne publique est étrangère à sa mission, la personne publique serait susceptible de bénéficier de la qualification de non-professionnel. Devant le juge judiciaire, la personne publique pourrait invoquer les protections consuméristes pour les contrats passés pour ses besoins propres et non ceux du public, donc ceux étrangers à la réalisation de ce qu'on peut appeler son objet social[511]. En revanche selon cet auteur, devant le juge administratif, il en irait différemment et cela du fait de la conception particulière qu'aurait ce juge de la notion de rapport direct avec l'activité professionnelle. Le juge administratif entendrait le rapport direct comme la compétence professionnelle, critère premier de l'application du droit de la consommation par le juge judiciaire[512]. Cependant, cette affirmation mérite d'être fortement nuancée. En effet, les arrêts consultés font application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation aux actes administratifs applicables dans les relations entre les usagers et la personne gérant le service public sans que ne soient mentionnés ni le rapport direct avec l'activité professionnelle, ni la compétence professionnelle[513]. Cette élision de tout critère des protections consuméristes laisserait plutôt penser que le juge administratif considère l'assimilation entre l'usager d'un service public et le consommateur d'une part et la personne qui assure la gestion du service et du professionnel d'autre part comme étant parfaite. Dès lors, il n'y aurait en quelque sorte qu'à passer l'étape de recherche d'un critère d'application et rechercher directement l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des

---

droit de la consommation par le juge administratif dix ans après l'arrêt Société des eaux du Nord, JCP A 2011, 2181. Mais voir déjà : F. LINDITCH La protection en droit public, *in* Les clauses abusives entre professionnels, ss dir. de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, coll. Études juridiques, Paris, Economica, 1998.

511 CA Versailles, 17 nov. 2006, Commune d'Attainville, préc.

512 F. BÉROUJON, art. préc., spéc. n° 17.

513 CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord préc. – CE 06 juil. 2005, Société Dodin, requête n° 261991 ; JurisData n° 2005-068619, JCP G 2005 II, 10154, concl. F. DONNAT – CAA Nantes 29 déc. 2005, requête n° 03NT00250, inédit.

parties en cas de remise en cause de la légalité de l'acte administratif imposant des clauses réglementaires dans les relations entre les parties d'un service public. Mais voir que le juge administratif fait appel au critère de la compétence dans le fait que l'usager peut tout aussi bien être un consommateur qu'un professionnel agissant hors de sa spécialité paraît pour le moment quelque peu excessif. Si tel était le cas, l'opération intellectuelle consisterait en tout état de cause en une comparaison entre l'objet du contrat et l'objet de l'activité de la personne gérant le service public.

246. Toutes les personnes publiques pourraient-elles invoquer les protections consuméristes ? La charge d'une activité de service public ne semble pas interdire de bénéficier d'un certain nombre de protections consuméristes, mais toutes les personnes chargées d'un service public sont-elles susceptibles d'en bénéficier ? Pour apporter une réponse à cette question, il nous semble nécessaire de reprendre une distinction bien connue, bien qu'aujourd'hui érodée[514], celle entre les services publics à caractère industriel et commercial et les services publics à caractère administratif. Notion incontournable du droit administratif français[515] et souvent au cœur des questions de répartition des compétences entre les deux ordres internes de juridiction, le service public a été peu à peu raffiné par la jurisprudence tant du Conseil d'État que du Tribunal des conflits qui y a distingué les services publics industriels et commerciaux des services publics à caractère administratif[516]. Il est de fait que dans leurs relations avec leurs usagers, « les services publics industriels et commerciaux sont des

514 B. SEILLER, L'érosion de la distinction SPA-SPIC, AJDA 2005, p. 417.

515 Et ce, peu important que l'on se rallie à « l'École de Toulouse » initiée par L. DUGUIT et G. JÈZE son disciple ou à « l'École de Bordeaux » dont le chef de file fût M. HAURIOU, le service public accompagné ou non de la puissance publique revêt tout de même dans la tradition juridique française une importance considérable. Le fait que sous l'influence croissante du droit communautaire, il apparaisse souhaitable de lui préférer la notion de « services d'intérêt général » (G. TRUCHET, Droit administratif, 2ème éd., coll. Thémis droit, PUF, Paris, 2009) est indifférent. En effet, l'expression et la notion de service public ont été fortement remises en cause (D. TRUCHET, Renoncer à l'expression « service public » ?, AJDA 2008, p. 553 ; G. MARCOU, Maintenir l'expression et la notion de « service public », AJDA 2008, p. 833 ; G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, Le droit, comme la langue vit dans la conscience populaire, AJDA 2008, p. 1169 ; M. LOMBARD, Mots et valeurs du service public, AJDA, 2008, p. 1225).

516 Est-il nécessaire de citer l'arrêt TC 21 février 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, rec. p. 91 ?

professionnels ». Par opposition mais dans les mêmes relations, les services publics administratifs ne peuvent être considérés comme des professionnels[517]. Dans leurs relations avec leurs fournisseurs, le fait que le service public industriel et commercial soit professionnel le place dans la même position vis-à-vis de ses fournisseurs que n'importe quel autre professionnel, à savoir que certains de ses contrats seraient en rapport direct avec son activité et d'autres en rapport seulement indirect. Dans les relations de l'acheteur public avec les professionnels, il serait plus que séduisant tant d'un point de vue pratique que théorique de considérer que les services publics administratifs puissent être qualifiés par nature de non-professionnels, mais cela serait sans compter les interrogations que suscitent la distinction entre les deux catégories de services publics. Pour d'éminents auteurs, la définition de ce service public administratif ne peut qu'être négative[518]. En effet, si traditionnellement et à défaut de texte exprès, un service assuré par une personne publique est présumé revêtir un caractère administratif, il ne s'agit que d'une présomption simple qui est par conséquent susceptible d'être renversée[519]. Or, le critère monolithique de distinction entre ces deux types d'activité de service public n'existe pas. La dichotomie s'opère par conséquent par le jeu d'un faisceau d'indices retenu dans l'arrêt « Union des industries aéronautiques »[520] consistant en une analyse des modalités de fonctionnement, du mode de financement et de l'objet de l'activité. Mais, outre la multiplicité des critères, d'autres problèmes nuisent à la compréhension de la distinction au point qu'elle puisse aisément apparaître comme nébuleuse. En premier lieu, une même personne, privée ou publique, peut exercer concurremment les deux types d'activités de service public[521]. En second lieu, la jurisprudence fait tantôt appel à

---

517 N. SAUPHANOR, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, op. cit. spéc. n° 194 s.

518 J. MORAND-DEVILLER, Cours de droit administratif, 6ème éd., Paris, Montchrestien, 1999, spéc. p. 482.

519 J. DUFAU, J. -Cl. Administratif, Fasc. n° 150 : services publics à caractère industriel et commercial, spéc. n° 7.

520 CE 16 nov. 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, D. 1956, p. 759.

521 Par exemple l'organisme régulant le trafic fluvial et assurant des prestations de remorquage (TC 10 févr. 1949, Guis, rec. p. 590 – CE 03 déc. 2003, Houté, rec. p. 716) ou l'Office national des forêts ayant pour mission d'une part la protection et la surveillance des forêts et des activités d'équipement des ressources et de gestion des espaces boisés dont elle a la responsabilité (TC 09 juin 1986, Commune de Kintzheim c/ Office national des forêts, rec. p. 448).

une combinaison des trois critères, tantôt deux s'avèrent suffisants[522]. En troisième et dernier lieu, certaines activités se trouvent être qualifiées dans certains cas de l'une ou l'autre des catégories de services publics, soit successivement dans le cas d'un même organisme[523], soit pour des organismes différents[524]. Cette dernière difficulté nous paraît rédhibitoire. La notion de non-professionnel reposant de manière si forte sur l'objet de l'activité qu'il apparaît hasardeux d'envisager d'appuyer une recherche de personnes morales de droit public non-professionnelles par nature sur une telle distinction qui permet, par le jeu d'autres indices, de qualifier différemment une même activité. La solution n'est pas non plus à rechercher du côté de la démarcation proposée par le Professeur Chapus entre activités de plus grand service et activité de plus grand profit qui repose sur une recherche du but de l'activité et non sur son objet[525].

247. Inexistence de personnes morales chargées de la gestion de services publics aptes à être qualifiées par nature de non-professionnel. Les outils traditionnels du droit administratif s'avèrent incapables de déterminer l'existence de personnes chargées d'un service public, même administratif, qui pourraient être qualifiées par nature de non-professionnelles. En effet, tout dépend de l'activité exercée. Prenons pour exemple un service public administratif tel que les services d'incendie et de secours. Leur activité s'effectue à l'aide de matériels spécifiques comme des véhicules spécialement équipés. Les contrats liés à ces équipements se trouvent, selon la comparaison d'objet du contrat à objet de l'activité, en rapport direct avec cette activité professionnelle. En revanche et pour prendre un exemple, les contrats relatifs à la fourniture de papier ne nous paraissent liés

522 Pour une prise en compte de l'activité elle-même et de son mode de fonctionnement : TC 19 févr. 1990, Thoas, rec. p. 168 – TC 14 mai 1990, Époux Laperrouze, rec. p. 618.

523 Pour les assurances maritimes qualifiées de SPIC (CE 23 déc. 1921, Société générale d'armement, Rec. p. 1109) puis de SPA à la faveur de modifications législatives de son fonctionnement (CE 23 mai 1924, Société les Affréteurs réunis, Rec. p. 498), et enfin redevenues SPIC (CE 18 févr. 1976, Société des Établissements Soulès, Req n°93425, Dr. adm. 1976, comm. n° 133).

524 Ainsi des bacs à péage (TC 21 février 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, rec. p. 91 – CE 10 mai 1974, Denoyer et Chorques, Rec. p. 274) ; de piscines municipales (CE 14 juin 1963, Époux Hébert, Rec. p. 364 – CE 23 juin 1972, Société la plage de la forêt, Rec. p. 477).

525 R. CHAPUS, Droit administratif général, 13 ème éd., t. 1, 1999, Montchrestien, Paris, spéc. n° 753 s.

qu'indirectement à l'activité de secours. De même pour le service public de la Justice, les conventions conclues en vue de la conception d'un logiciel permettant la gestion de la « chaîne pénale » nous paraissent être en rapport direct avec l'activité judiciaire, contrairement aux contrats sur l'entretien des photocopieurs ou sur la fourniture d'électricité. Ainsi, il ne semble pas qu'il existe de personnes morales non-professionnelles par nature au sein des personnes chargées d'un service public, quelle que soit la nature industrielle et commerciale ou administrative de ce service. Il conviendra donc de faire application du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle de la personne morale concernée.

Conclusion du chapitre II.

248. Rappels. Le critère du rapport direct tel qu'entendu selon la conception orthodoxe ou finaliste ne parvient pas à rendre intelligible en quoi un acte en rapport indirect avec l'activité professionnelle d'une personne morale peut consister. Il est alors nécessaire de rechercher une conception alternative à l'orthodoxie adoptée par la jurisprudence et proposée par la doctrine dominantes. Pour ce faire, il a été nécessaire de définir aussi précisément que possible les termes du critère. L'activité professionnelle est entendue de manière autonome par rapport à celle des êtres juridiques premiers, les personnes physiques, ainsi que par rapport aux notions voisines d'entreprise et d'activité commerciale. Il s'agit ensuite d'une succession intentionnelle d'actes, peu important le domaine d'intervention ainsi que la forme de la personne morale. Aussi, l'activité professionnelle ne peut que consister dans l'activité réelle. Quant à la locution « rapport direct », il a été déterminé qu'il était possible de la comprendre différemment que par référence à la cause subjective entendue comme le mobile « intersubjectivé »[526] de l'acte auquel on appliquerait le critère. Il a été relevé que

526 Pour bien la différencier de la cause objective.

les magistrats opèrent en réalité une comparaison qui, si l'on prend appui sur des raisonnements ayant déjà court, consiste en une comparaison entre l'objet du contrat et l'objet de l'activité. Mais cette seule comparaison est insuffisante à définir le rapport direct. C'est pourquoi il a été proposé de corriger cette conception comparative par l'intervention d'une logique économique au travers de la notion d'activité de prolongement bien connue de la définition d'activité agricole. Par la suite, la possibilité de personnes morales non-professionnelles par nature a été étudiée pour constater qu'en réalité, leur caractère non-professionnel ne résultait pas de leur nature de personne, mais de leur activité qui était incapable de répondre aux critères de l'activité professionnelle précédemment déterminés.

Conclusion du titre II

249. La mise en avant de l'activité concrète de la personne morale, permet d'envisager l'attribution de la qualité de non-professionnel à ces personnes de manière plus convaincante que le critère finaliste. D'un point de vue théorique, la prise en compte de l'activité réelle autorise une nouvelle conception de la notion de personne morale divisée en une facette professionnelle et une autre non-professionnelle. D'un point de vue pratique, l'activité sociale de la personne morale sert de base à une compréhension plus concrète du critère du rapport direct. Cette conception, déjà à l'œuvre dans l'application de plusieurs autres textes dont certaines solutions ont préfiguré la sanction des clauses abusives, prendrait appui sur le critère fondé sur une comparaison entre l'objet de l'acte et l'activité professionnelle de la personne mâtinée de logique économique.

Conclusion de la première partie.

250. Les personnes morales sont protégées par le droit dans différentes situations. Cependant, en se refusant à exclure, contrairement au droit européen, les personnes morales ès-qualité du champ d'application du droit de la consommation, la première chambre civile suscite la perplexité. Par le choix d'un critère finaliste, l'admission de principe de la protection des personnes morales par la qualification autonome de non-professionnel se heurte à l'impossibilité concrète de mettre en œuvre cette protection.

251. Ainsi, dans le but de résoudre la contradiction entre l'admission de l'éventuelle protection des personnes morales sans l'accorder dans les faits, il est proposé de centrer la réflexion sur l'activité réellement exercée par la personne morale. En utilisant celle-ci comme prisme d'étude, il est possible de mettre en lumière un phénomène diffraction de leur personnalité. Celle-ci peut être décomposée en plusieurs facettes. Il y a donc d'une part une personnalité professionnelle qui consiste dans les actes résultant de l'exercice de l'activité professionnelle proprement dite, et la personnalité de fonctionnement qui regroupe

les actes qui ne sont qu'en rapport indirect avec cette activité. Pour ce faire, il convient de retenir une conception restrictive et concrète du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle qui ne posséderait aucun lien avec la cause de l'acte. De la sorte, ce critère permet d'envisager une protection effective des personnes morales qui en auraient besoin par les quelques règles de droit de la consommation comportant la qualification de non-professionnel. Identifiée et identifiable au sein de la personnalité fonctionnelle, la personnalité de fonctionnement fait également partie intégrante d'une autre personnalité qui peut être qualifié de personnalité non-professionnelle.

Seconde partie

La personne morale non-professionnelle

et la personnalité non-fonctionnelle.

252. Par la reconnaissance d'une personnalité de fonctionnement, les personnes morales pourraient avoir accès à une plus grande justice contractuelle. Mais est-ce là tout ? La légitimité de cette interrogation peut surprendre. Cependant, bien que partie importante de la personnalité non-professionnelle sans laquelle elle ne saurait être concevable, la personnalité de fonctionnement paraît pourtant ne pas en être l'unique composante. Il semble qu'il existe une personnalité d'une autre nature possédant un lien plus lointain avec l'activité professionnelle. Cette fraction de la personne morale peut être désignée comme « personnalité non-fonctionnelle ». Cette personnalité peut être le siège des discutés droits de la personnalité des personnes morales. Pour se faire, il conviendra notamment

d'interroger le schéma classique de pensée avant d'entreprendre la lourde tâche de compléter les propositions relatives à une nouvelle vision. Au fond, l'étude de ce visage de la personne morale impose au préalable d'établir la compatibilité des notions de personnes morales avec celle de droits de la personnalité (Titre I). La suite logique de cette nouvelle approche sera de déterminer quels peuvent être les droits de la personnalité des personnes morales (Titre II).

Titre I

La nature des personnes morales et la méthode de détermination des droits de la personnalité.

253. Accorder aux personnes morales le bénéfice de droits de la personnalité peut de prime abord sembler surprenant, voire un abus de langage[527]. Certains auteurs autorisés basent leur raisonnement sur les sociétés. Celles-ci n'ayant de personnalité que dans la limite de leur finalité et de leur objet social[528], elles ne sauraient par conséquent subir de préjudice autre que patrimonial. Il apparaît de prime abord excessif de recourir à « des qualifications juridiques inspirées par l'idéal de protection des personnes physiques »[529]. Cependant, une telle évidence

527 F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Rapport de synthèse : existe-t-il une définition unique et transversale de la notion de personne ?, Dr. fam. 2012, dossier n°11, spéc. n° 1.

528 Ch. LARROUMET, obs. sous Cass. com., 06 nov. 1979, D. 1980, IR p. 416.

529 Y. REINHARD, Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ?, Dr. fam. 2012, dossier n° 9, spéc. n° 12.

peut heurter. Elle s'inscrit dans une conception des droits de la personnalité des personnes morales fondée sur une analogie entre ces dernières et les personnes physiques. En tant qu'évidence, cette méthode analogique mérite d'être questionnée puis finalement réfutée (Chapitre I). En remplacement, il convient d'explorer une voie autonome ayant pour point de départ unique la personne morale (Chapitre II).

Chapitre I

Rejet de la démarche analogique des droits de la personnalité des personnes morales.

254. Entendus classiquement, les droits de la personnalité des personnes physiques donnent naissance à des préjudices moraux[530] en ce qu'ils ont notamment pour conséquences d'engendrer des souffrances psychologiques qui doivent naturellement, selon de principe de la réparation intégrale, être réparées par équivalent. Autre catégorie de sujets de droit, les personnes morales ne

530 Il convient de remarquer que l'arrêt du 05 novembre 1996 (Cass. 1re civ., 05 nov. 1996 : pourvoi n° 94-14798, Bull. 1996 I n° 378 p. 265 ; JCP G 1997, II, 22805, note J. RAVANAS) n'a pas d'influence sur cette affirmation pour deux raisons. La première est que la Cour a entendu rendre autonome l'action sur le fondement de l'article 9 du Code civil des conditions de la clause générale. Ainsi, elle affirme qu'en matière de vie privée la démonstration d'un dommage et d'un lien de causalité n'est pas nécessaire. L'indemnisation est le résultat de l'atteinte. La seconde objection est relative au fait que la première chambre civile retient que les juges du second degré ont souverainement évalué le préjudice subi. Ce n'est donc pas parce que la loi et la jurisprudence n'exigent pas la démonstration du préjudice que son indemnisation n'a pas lieu.

connaissent pas de « sentiment affectif »[531], par conséquent elles devraient être dépourvues d'indemnisation en cas de violation de droits causant des préjudices moraux et notamment de droits de la personnalité. Aussi bien conviendra-t-il, après un bref exposé de la méthode analogique (section I) de réfuter une transposition de type analogique des solutions valant pour les personnes physiques aux personnes morales. Nous verrons que l'admission du préjudice moral des personnes morale constitue une première étape vers le rejet de l'analogie (section II), la seconde s'opérant au regard des droits de la personnalité en eux-même (section III).

Section I
La méthode analogique de détermination des droits de la personnalité des personnes morales.

255. Exposé de la méthode analogique. La méthode analogique de détermination des droits de la personnalité est historiquement la première a avoir été avancée. Il s'agit également de la plus évidente. Selon cette voie, les personnes morales se trouvent « investies de droits analogues aux droits de la personnalité. Elles sont seulement privées de ceux de ses droits dont l'existence a un lien nécessaire avec la personnalité humaine »[532]. Le triptyque des éléments de la personnalité des personnes physiques : personnalité physique, psychologique et sociale[533], référence en matière de droits de la personnalité[534] implique alors

531 G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, LGDJ 1946, p. 79.

532 P. KAYSER, Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, RTD civ. 1971, p. 445. spéc. n° 35. Dans le même sens, P. DURAND, La personnalité morale et ses limites, D. 1949 chron. XXXIV, p. 141 : « Ces personnes morales ne doivent avoir les attributs des personnes physiques que dans la mesure où il est opportun de leur conférer ces attributs ».

533 G. LEVASSEUR, la protection de la personnalité en droit pénal français, Journées de Madrid – Travaux de l'Association H. Capitant, t. XIII p. 187.

534 Certains considèrent qu'il conviendrait de ne protéger que la seule personnalité au sens d'identité sociale, excluant ainsi des droits de la personnalité le droit à l'intégrité physique, le

l'exclusion des êtres abstraits de certains de ces droits reposant sur les caractéristiques propres aux êtres de chair et de sang, telles qu'évidemment la dimension physique. Cependant, pour les facettes psychologique et sociale, la doctrine est divisée. Certains auteurs nient l'aptitude des sociétés à bénéficier de tels droits parce qu'elles ne sauraient souffrir d'aucun préjudice extrapatrimonial[535]. Plusieurs raisons sont invoquées à l'appui de cette opinion. La première serait que les atteintes posséderaient « le plus souvent [...] un aspect pécuniaire » en ce qu'elles peuvent conduire à une « perte de clientèle »[536]. Le second argument est que les sociétés seraient inaptes à voir leur personnalité protégée parce qu'en raison du principe de spécialité, il n'y aurait de société « que pour parvenir à une finalité dans l'ordre économique et donc patrimonial »[537]. Ces arguments, jouissant d'une simplicité et d'une logique au moins apparente, devraient faire l'unanimité. Mais tel n'est pas le cas, car à l'inverse, d'autres admettent partiellement l'éventualité d'une telle protection, estimant que les personnes morales peuvent au moins subir une altération de leur personnalité sociale[538].

256. Les droits de la personnalité, catégorie de droits dits extrapatrimoniaux,

---

corps, en ce que celui-ci ne participerait aucunement à la construction de la personnalité. V. J. -M. BRUGUIÈRES, Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais..., D. 2011, chron. p. 28, spéc. n° 18.

535 Mme DUMOULIN cite dans le texte G. RIPERT, *op. cit.*, p. 79 ; Y. GUYON, J.-Cl. Sociétés, v° Personnalité morale des sociétés, fasc 27-E-2 (1980), n° 53.cité *in* B. BEIGNIER, L'honneur et le droit, Bibliothèque de droit privé, t. 234, LGDJ, Paris 1995 ; A. LUCAS-SCHLOETTER, Droit moral et droits de la personnalité, Étude de droit comparé français et allemand, t. I, Aix-en-Provence, PUAM, 2002 spéc. n° 298 et s. qui précise au surplus que la doctrine allemande est majoritairement hostile à la reconnaissance du droit général de la personnalité aux personnes morales en ce que ce droit serait fondé sur la dignité, propre aux seules personnes physiques ; I. TRICOT-CHAMARD, Contribution à l'étude des droits de la personnalité, L'influence de la télévision sur la conception juridique de la personnalité, coll. Droit de l'information et de la communication, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, spéc. n° 136 s. Nous verrons cependant que ce point de vue peut être nuancé. *Cf. infra* n° 260 et s., 262 et s.

536 Y. GUYON, J. -Cl. Sociétés V° personnalité morale des sociétés, fasc. 27-E-2 n°53 ; L. DUMOULIN, art. préc. n° 11 et F. PETIT, Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales, D. Aff. 1998, p. 826.

537 Ch. LARROUMET, préc.

538 Sur la personnalité en général : J. MESTRE, La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, JCP G 1974, I, 2623 ; Sur les personnes morales : F. PETIT, Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales, préc.

et la personne morale. Ces points de vue, brillant tous deux par leur évidence ne doivent pas aveugler et dispenser de mener une véritable réflexion sur les points de contact entre les notions de personne morale et de droits de la personnalité. Se plaçant résolument dans une telle optique, Mme Dumoulin relève qu'il existe un lien entre la personnalité juridique et les droits de la personnalité. Cette opinion peut paraître étrange car il est communément admis que la personnalité défendue par les droits de la personnalité est entendue dans un sens psychologique[539] dont les personnes morales sont *a priori* dépourvues et non dans un sens purement technique. Pourtant, il est de fait que dans l'esprit commun pour les personnes physiques, le lien avec la personnalité en tant que technique juridique est bien moins problématique que pour les être artificiels. En effet, pour la majorité de ces droits « il est acquis que les droits de la personnalité et la personnalité juridique sont des éléments indissociables de la qualité de personne physique »[540]. En somme : qui dit personne physique, dit personnalité juridique et consécutivement droits de la personnalité. Il en résulte que ce questionnement technique a été éclipsé et s'est porté naturellement vers la personnalité psychologique. Certains ont récemment tenté, à propos de la catégorie plus générale des droits extrapatrimoniaux des personnes morales, de faire un lien entre méconnaissance de ces droits et attribution de la personnalité morale. Pour Mme Martron[541], la reconnaissance de droits extrapatrimoniaux aux personnes morales doit passer tout d'abord par une recherche sur la nature de la personnalité juridique de ces êtres. Ainsi, s'appuyant sur de nombreuses et illustres opinions et après avoir démontré que la théorie de la fiction était inapte à une telle reconnaissance, elle expose que la théorie de la réalité technique s'y révélerait au contraire favorable[542]. Cependant, la tendance du droit positif est selon elle favorable à l'analyse fictionnelle[543]. Par conséquent, la reconnaissance de droits

539 V. notamment J. MESTRE, art. préc. spéc. n° 3 faisant référence à l'intervention de M. NERSON aux Journées de Madrid.

540 L. DUMOULIN, art. préc. n° 14.

541 H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales, Poitiers, 2011, spéc. p. 33, n° 15 s.

542 H. MARTRON, *op. cit*. p. 36, n° 17 s.

543 Notamment par l'avènement des EURL en 1985 ou l'existence de nombreux groupements dépourvus de la personnalité morale bien que répondant aux critères d'attribution issus de la

extrapatrimoniaux aux personnes morales en serait compromise[544]. En effet, pour soutenir leur position, certains partisans de la nature fictionnelle des personnes morales ont fait valoir que ces êtres ne devaient être titulaires que des droits que la loi leur accordait.[545] Mme Martron en déduit la nécessité de « déconstruire » la théorie de la fiction en en sapant l'un des fondements principaux : la capacité naturelle des êtres humains à être sujets de droits[546]. Pour un certain nombre d'auteurs en effet et ce, depuis Michoud[547], « la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique », ce qui ne saurait être mis en doute en ces lignes. Elle en conclut que la personne juridique elle-même est une abstraction créée par le droit « pour s'adapter aux réalités sociales »[548]et qui se distingue de la personne humaine mais sur laquelle elle s'appuie[549]. Madame Martron écarte cependant l'aspect « naturel » de la personnalité des personnes physiques du seul fait de leur naissance en raison de l'importance doctrinale révolue du droit naturel. La personnalité juridique des personnes physiques relèverait d'une attribution de la loi, reflet des valeurs et aspirations d'une société, qui sont de nos jours bien encadrées par les conventions internationales relatives aux droits de l'homme[550]. Ainsi, « la personne physique se révèle [...] aussi fictive que la personne morale dans la mesure où elles sont toutes deux des abstractions qui n'existent que dans le monde du droit »[551]. Par conséquent, l'analogie serait purement technique entre les deux types de personnes juridiques et ne concernerait que leur personnalité juridique, ce qui exclurait tout anthropomorphisme et ouvrirait aux personnes morales le champ des droits extrapatrimoniaux.

---

théorie de la réalité technique : H. MARTRON, *op. cit.*, spéc. p. 45, n° 23 et s.

544 *Idem*, spéc. n° 24 p. 50 et s.

545 Ph. MALAURIE, Nature juridique de la personnalité morale, Defrénois 1990, art 34848, spéc. n° 5.

546 H. MARTRON, *op. cit*. p. 52, n° 26 s. Pour certains, les personnes physiques disposeraient d'une « juridicité naturelle » (A. BERTRAND-MIRKOVIC, La notion de personne, étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, Aix-en Provence, PUAM 2003, spéc. p. 269, n° 530 s).

547 L. MICHOUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 2ème éd., par L. TROTABAS, Paris, LGDJ, 1924. 2 vol., Paris, LGDJ, 1998, spéc., t. 1 p. 7.

548 H. MARTRON, thèse préc., spéc. p. 54 n° 27. Ce point précis s'est nourri dernièrement notamment des réflexions ouvertes par les avancées techniques en matière de bioéthique. Ainsi par exemple : X. LABBÉE, J.-Cl. Civil Code, art 16 à 16-3, fasc 50 nos 7 et 8.

549 H. MARTRON, thèse préc., spéc. p. 56 n° 28 et p. 57 n° 29.

550 H. MARTRON, thèse préc., spéc. p. 58 n° 29.

551 H. MARTRON, thèse préc., spéc. p. 59 n° 30.

257. Problématiques indépendantes. L'ingéniosité de cette justification doit être relevée. Cependant du point de vue de la méthode autonome[552], il s'agit en réalité d'une association artificielle entre deux problématiques fondamentalement différentes, celle de l'attribution de la personnalité juridique en général, et de la personnalité morale en particulier, et celle de l'éventail des droits subjectifs des personnes objet de la personnalité juridique. Mais la méthode analogique ne saurait évidemment être récusée seulement sur ce dernier argument.

Section II
La double autonomie du préjudice extrapatrimonial des personnes morales, instrument du rejet de l'analogie.

258. Précision terminologique d'importance, la nécessaire distinction entre dommage et préjudice. Pour concevoir le préjudice extrapatrimonial des êtres moraux, il convient de se départir de la synonymie traditionnelle entre dommage et préjudice[553]. En ces lignes, la distinction de ces notions ne sera pas étudiée comme de coutume sous l'angle d'un mécanisme de limitation d'une réparation qui serait devenue trop automatique, mais plus originalement comme un ressort intellectuel clarifiant la notion de préjudice pour les personnes morales[554]. Cette différenciation a été approfondie par la doctrine, le dommage pouvant être

552 *Cf. infra* n° 286 et s.

553 La synonymie est si ancrée dans l'esprit des juristes que la distinction théorique n'est parfois pas abordée dans certains manuels pourtant exemplaires de précision.

554 Notamment à l'égard des personnes morales et plus précisément des sociétés qui ne disposeraient pas toutes d'attributs extrapatrimoniaux. V. S. GUENNAD, Le préjudice moral des personnes morales, *op. cit.* n° 73, p. 60. Ainsi, seules les personnes morales pouvant apporter la preuve d'efforts pour se démarquer de la concurrence seraient protégeables, *idem* n° 252 s. p. 175 s. Cette limitation semble contestable en ce que le lien entre la personne morale, et plus précisément sa personnalité sociale, et l'activité professionnelle étant ce qu'il est, la distinction entre le dommage et le préjudice devrait établir la mesure de la réparation et non sa limitation. Que les sociétés qui ont effectué des efforts pour se différencier bénéficient d'une indemnisation importante paraît normale, mais l'exclusion des personnes morales au motif qu'elles n'apportent pas la preuve de répercussions négatives semble injuste.

subdivisé en trois catégories. Le dommage matériel consisterait dans les atteintes au patrimoine, le dommage corporel, dans les atteintes au corps et le dommage moral, dans les atteintes à l'intégrité morale, c'est-à-dire notamment aux droits de la personnalité[555]. En revanche le préjudice ne se diviserait qu'en deux sous-catégories. Le préjudice patrimonial serait la conséquence de l'une ou l'autre des catégories de dommages et consisterait en la compensation des diverses pertes, réparations, remplacements, remboursements de frais. Le préjudice extrapatrimonial quant à lui serait défini comme les différentes souffrances physiques ou psychologiques[556]. La référence aux seules personnes physiques dans cette définition du préjudice extrapatrimonial, conception ayant aujourd'hui évolué, est évidente et il pourrait être soutenu que cette distinction devrait être écartée du fait de l'impossibilité manifeste pour les personnes morales d'éprouver des sentiments. Cependant, ce n'est pas tant la définition du préjudice extrapatrimonial, ni l'opportunité générale de la distinction entre le dommage et le préjudice qui importe[557], mais le raisonnement qui conduit à séparer ces deux notions. La synonymie nuit malheureusement à la détermination du préjudice extrapatrimonial des personnes morales en ce que s'y trouvent souvent confondues et mises sur un même plan des notions comme des atteintes à l'activité statutaire, à la réputation de la personne morale et à ses sentiments. Les deux premières peuvent constituer des dommages mais en considérant que la personne morale ait des sentiments, il semble que les conséquences des dommages sur ceux-ci relèveraient de la notion de préjudice[558]. Cette confusion est si présente que certains excluent le préjudice extrapatrimonial des personnes morales en se fondant sur les répercussions pécuniaires[559]. Or de telles

555 S. ROUXEL, Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français, thèse, Grenoble, 1994. spéc. p. 33 et s.

556 S. ROUXEL, thèse préc. spéc. p. 46 et s.

557 F. LEDUC, Faut-t-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue d'un privatiste. Resp. civ. et ass., 2010, dossier n° 3.

558 V. WESTER-OUISSE, Le préjudice moral des personnes morales, JCP G 2003, I, 145. spéc. n° 6 à 9.

559 Y. GUYON *in* Personnalité morale des sociétés, J. -Cl. soc. Fasc. 27-E-2 (1980), n° 53 préc. : « les atteintes que la société subit dans son nom, son honneur ou sa personnalité ont le plus souvent à son égard un aspect pécuniaire parce qu'elles risquent d'entraîner une perte de clientèle ». L'auteur opère ainsi une confusion regrettable entre les atteintes et les conséquences pécuniaires qui constituent le préjudice qui impose le rejet de la notion de préjudice extrapatrimonial des personnes morales.

conséquences existent pour l'immense majorité des personnes morales, même pour les associations, syndicats ou fondations qui, bien que ne subissant pas de préjudice commercial, sont susceptibles de perdre une partie de leur financement suite à une atteinte à leur honneur, soit par la perte d'adhérents, soit par le non-renouvellement de subventions. Par conséquent, la séparation des notions de dommage et du préjudice permet de clarifier la notion de préjudice extrapatrimonial. En effet, l'examen du caractère patrimonial ou extrapatrimonial ne porterait pas sur la conception englobante et quasiment nébuleuse du « dommage-préjudice »[560], mais exclusivement sur le préjudice. Cet examen serait alors effectué en fonction de la finalité des conséquences à réparer, économiques ou autres.

259. Annonce de plan. Envisager les droits de la personnalité des personnes morales impose un constat préalable. En dépit des critiques dont fait l'objet l'application aux personnes morales du concept de préjudice moral, il peut être remarqué que ce préjudice impalpable est doublement indépendant. Il l'est en premier lieu du préjudice économique, une forme de préjudice patrimonial (1) et en second lieu de la notion de préjudice moral qui se révèle être en réalité, et telle qu'elle est généralement entendue, propre aux personnes physiques (2). Cette double autonomie conduit à rejeter la méthode analogique.

§ 1 – Autonomie du préjudice extrapatrimonial des personnes morales quant au préjudice économique.

260. Impossibilité apparente et reconnaissance jurisprudentielle de l'autonomie. Semblant s'appuyer sur le lien évident, voire sur l'« amalgame »[561], existant au moins pour les sociétés, entre le préjudice extrapatrimonial et l'aspect pécuniaire des atteintes morales[562], certains auteurs ont soutenu que le préjudice

560 Le terme est emprunté à S. ROUXEL, Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français, thèse Grenoble 1994.

561 B. BEIGNIER, L'honneur et le droit, Bibliothèque de droit privé, Tome 234, LGDJ, Paris 1995, p. 244 et s.

562 Mis en valeur par Y. GUYON, préc.

extrapatrimonial des personnes morales ne serait qu'une forme de préjudice matériel qui ne dirait pas son nom et qui, par un « tour de passe-passe », permettrait d'éviter toute contestation du responsable, assurant ainsi l'efficacité de la réparation[563]. Il a été également remarqué que la jurisprudence relative au droit à l'image ou au nom des êtres moraux commerçants concernerait plutôt le versant patrimonial de ces droits et serait de ce fait liée à un dommage concurrentiel ou à la notion de peine privée[564]. Il ne peut cependant être nié que nombre de décisions font au contraire le *distingo* entre les préjudices économiques et le préjudice moral[565]. Parfois, le préjudice moral est entériné sans-même qu'un préjudice matériel ou économique ne soit reconnu[566]. Aujourd'hui les juridictions du fond qui prétendraient que les sociétés ne pourraient, ès-qualité, subir de préjudice moral encourent la cassation. C'est ce que la chambre commerciale a affirmé sans ambages par un arrêt du 15 mai 2012[567]. Mieux encore, le préjudice moral peut exister pour des groupements personnifiés n'exerçant pas d'activité économique, Ainsi en a-t-il été d'un Centre hospitalier dont le fonctionnement a été perturbé par un commando anti-IVG[568] ou moins anecdotique en matière de protection de l'environnement. Les associations de protection de l'environnement peuvent solliciter une indemnisation de leur préjudice moral du fait de dégradations de l'environnement[569]. Il en va de même pour des personnes publiques en charge

563 V. WESTER-OUISSE, Le préjudice moral des personnes morales, préc., spéc. n° 13.

564 O. BOSKOVIC, La patrimonialité des droits, Brèves observations sur une notion fondamentale, R.R.J, 2005, p. 1783. spéc. n° 29, faisant référence à l'arrêt Cass. com. 06 mai 2003, D. 2003 p. 2228, obs. G. LOISEAU.

565 Par exemple : CA Versailles, 11 mars 1993, Gaz. Pal. 1993. 1. 141 ; CA Reims Ch. civ. sect 1, 23 août 2005 JurisData : 2005-296409, préjudice moral suite à une inscription erronée au Registre du commerce et des sociétés ; CA Rennes Ch. 1 B, 7 Mai 2010, JurisData n° 2010-030307 ; ou encore les arrêts cités *infra* note subpaginale n° 568.

566 Cass. crim 07 avr. 1999, Bull. crim. n° 69, pour le Parc national des Écrins, la chambre criminelle cassant, au visa des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale lequel prévoit la réparation du préjudice matériel et moral de la victime, la décision des juges du fond n'ayant pas fait droit à la demande relative au préjudice moral au motif que le Parc n'avait pas subi de préjudice matériel.

567 Cass. com. 15 mai 2012 : pourvoi n° 11-10278, Bull civ. IV n° 550 ; JurisData n° 2012-010606 ; Contrats, conc. consomm. 2012 comm. 205 par M. MALAURIE-VIGNAL ; JCP G 2012, 1012, note V. WESTER-OUISSE ; Rev. soc. 2012, p. 620, note Ph. STOFFEL-MUNCK.

568 Cass. crim. 27 nov. 1996 : pourvoi n° 96-80223, Bull. crim n° 431, 2 arrêts ; JCP G 1997, IV, 508.

569 Pour un exemple ancien concernant la préservation du balbuzard-pêcheur : Cass. civ. 1re 16 nov. 1982 ; Bull. civ. I, n° 331 ; pour un exemple récent et particulièrement large d'admission

d'un parc national[570]. Il peut donc en être tiré qu'en jurisprudence, l'autonomie est avérée. Il peut également être ajouté que ce préjudice ne saurait être considéré comme purement symbolique, ce qui impose aux juges du fond d'en évaluer le montant le plus précisément possible. Cette évaluation relève de leur pouvoir souverain d'appréciation[571].

261. Approbation doctrinale du préjudice extrapatrimonial des personnes morales. L'opinion doctrinale refusant l'autonomie du préjudice extrapatrimonial par rapport au préjudice économique, serait en réalité victime du « flou » des notions[572]. Il a été relevé que la distinction des préjudices ne doit pas se faire entre « atteintes aux biens » et « atteintes aux sentiments », ce qui rappelle la définition traditionnelle du préjudice moral[573]. Certains, non sans références aux personnes physiques, ont pu user de la notion de « patrimoine moral » qui coexisterait à côté du patrimoine matériel et qui comporterait une part sociale et une part affective[574]. C'est cependant vers une autre opinion autorisée qu'il convient de se tourner. Le Professeur Sériaux estime, à raison selon nous, que le préjudice extrapatrimonial doit être déterminé négativement, en contrepoint de la notion de « patrimoine ». La distinction se ferait par conséquent entre des préjudices patrimoniaux, ou économiques et des préjudices extrapatrimoniaux, plus communément désignés par l'expression de « préjudices ou dommages moraux ». L'« extrapatrimonialité » résiderait alors dans l'inaptitude à la circulation[575]. Ainsi, le préjudice extrapatrimonial d'une personne morale peut

---

du préjudice moral d'associations de défense de l'environnement : Cass. 3ème civ. 08 juin 2011 : pourvoi n° 10-15500, D. 2011 p. 2635 obs. B. PARANCE ; RTD civ. 2011 p. 765, obs. P. JOURDAIN.

570 Cass. crim 07 avr. 1999, préc.

571 Cass. crim. 20 oct. 2009 : pourvoi n° 09-83.407 ; JurisData : 2009-050270.

572 Ph. STOFFEL-MUNCK, Le préjudice moral des personnes morales, *in* Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Paris, Dalloz 2008, p. 959.

573 V° Moral, sens 3, Vocabulaire juridique, ss dir. G. Cornu, PUF, coll. Quadrige, 2ème éd. 2001.

574 P. KAYSER, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », *in* Mélanges J. MACQUERON, PUAM 1970, p. 411, n° 4, reprenant une idée initiée par A. DORVILLE, De l'intérêt moral dans les obligations, Paris, 1901 p. 43, reprise et développée par J. GANOT, La réparation du préjudice moral, Paris 1924 p. 2. et figurant dans H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, Traité de la responsabilité civile, t. I, 6ème éd. n° 295.

575 A. SÉRIAUX, v° Patrimoine, Rép. Civ. Dalloz 1997, n° 14 et déjà : La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTD civ. 1994, p. 801.

parfaitement relever de son « être »[576], c'est-à-dire de sa personnalité au sens sociologique. M. Stoffel-Munck considère également que l'extrapatrimonial fait corps avec la personne et le « préjudice moral est constitué par ce qui l'atteint dans son *être* »[577]. Pour prendre un exemple aisément compréhensible, ce préjudice pourrait être la conséquence d'une atteinte à ce qui individualise la personne morale, à savoir ses valeurs, son image, son histoire ou encore sa culture[578]. Bien que cette dernière opinion puisse sembler empreinte d'analogie entre les personnes physiques et les personnes morales, il convient de relever que la doctrine admet l'autonomie des préjudices extrapatrimoniaux et économiques. Or l'émancipation du préjudice extrapatrimonial des personnes morales contribue au cheminement vers l'abandon d'une méthode analogique de détermination des droits extrapatrimoniaux des personnes morales et plus particulièrement en matière de droits de la personnalité. Il convient néanmoins de constater qu'eu égard aux différences entre personnes morales et personnes physiques, les préjudices extrapatrimoniaux doivent être naturellement distincts.

§ 2 – Autonomie quant au « préjudice moral », notion propre aux personnes physiques et refus de l'analogie.

262. Le préjudice extrapatrimonial des personnes morales souffre d'un déficit de précision dans sa définition, ce qui en fait la cible de vives critiques (A). Cependant, son affirmation et son émancipation du préjudice moral en fait une étape vers un refus de la méthode analogique des droits de la personnalité des personnes morales (B).

A – Imprécision du préjudice extrapatrimonial des personnes morales et oppositions d'une certaine doctrine.

263. Imprécision du préjudice extrapatrimonial des personnes morales. Il est

576 A. SÉRIAUX a déjà évoqué la distinction entre l'être et l'avoir, art préc. spéc. n° 2.
577 Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc. spéc. n° 14 et 15 p. 966, 967.
578 Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc. – V également du même auteur, note sous Cass. com. 15 mai 2012, Rev. soc. 2012, p. 260 s. spéc. n° 3.

de fait que la jurisprudence admet aujourd'hui la possibilité pour les personnes morales d'obtenir réparation de dommages moraux. Cela dit, étant issue d'un travail prétorien, la notion de préjudice extrapatrimonial des personnes morales manque encore de précision comme en témoigne la variété des expressions dont use la jurisprudence pour le désigner. C'est ainsi qu'a été posé pour principe que des agissements de concurrence déloyale causent inévitablement un préjudice, « fût-il seulement moral » aux sociétés victimes[579]. Plus de précision de la part de la chambre commerciale aurait paru opportun. D'autres décisions ont pu faire référence au trouble porté à l'activité ou à la conscience des personnels[580], ou faisant encore appel au « discrédit jeté sur l'ensemble des personnels » de l'État et à l'affaiblissement de l'autorité de ce dernier au regard des citoyens[581]. Certains auteurs ont soulevé cette imprécision, qui peut résulter soit de la synonymie entre les termes de « dommage » et « préjudice »[582], soit du contenu de la notion ou de ses critères d'évaluation[583].

264. Une doctrine opposée. La notion de préjudice extrapatrimonial appliquée aux personnes morales semble cependant souffrir de plusieurs autres maux au point que certains auteurs, s'inspirant de la théorie de la fiction des personnes morales y voient une véritable dérive anthropomorphique manifestant notamment une volonté de déresponsabiliser les dirigeants de sociétés ainsi qu'une introduction d'une dimension punitive dans la réparation[584]. D'autres ont relevé la difficulté, fortement compréhensible de prime abord, qu'il y a à concevoir que les

---

579 Cass. com. 09 févr. 1993, Bull. civ. IV, n° 53, Cass. com. 27 févr. 1996 : pourvoi n° 94-16885 ; Cass. com. 22 févr. 2000 : pourvoi n° 97-18.728 ; Cass. com 25 janv. 2001 : pourvoi n° 98-19.670 ; Cass. com. 03 juin 2003 : pourvoi n° 01-15.145 ; Cass com. 29 oct. 2003 : pourvoi n° 01-11450 ; Cass com. 03 mars 2004 : pourvoi n° 01-15706 ; Cass com. 18 déc. 2007 : pourvoi n° 05-13697 ; Cass com. 27 mai 2008 : pourvoi n° 07-14422 ; Cass com. 27 janv. 2009 : pourvoi n° 07-15971 ; Cass com. 28 sept. 2010 : pourvoi n° 09-69272 ; Cass com. 02 nov. 2011 : pourvoi n° 10-26936.

580 Cass. crim. 27 nov. 1996, préc.

581 Cass. crim. 04 mai 2006 : pourvoi n° 05-81.743.

582 Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. com. 15 mai 2012, Rev. soc. 2012 p. 620, spéc. n° 6.

583 M. MALAURIE-VIGNAL, note sous Cass. com. 15 mai 2012, Contrats conc. consom., comm. n° 205.

584 V. WESTER-OUISSE, Le préjudice moral des personnes morales, JCP G 2003, I, 145. – V. Également du même auteur : La jurisprudence et les personnes morales. - Du propre de l'homme aux droits de l'homme, JCP G 2009, I, 121 – note sous Cass. com. 15 mai 2012, JCP G 2012, 1012.

personnes morales puissent jouir de droits extrapatrimoniaux[585]. Selon cette dernière opinion héritière d'éminents auteurs[586], compte tenu de leur spécialité légale, les sociétés ne posséderaient qu'une finalité économique et ne pourraient subir que des dommages concurrentiels. Pour les personnes morales altruistes, bien qu'il ait été soutenu de manière compréhensible que l'amalgame entre le préjudice commercial et le préjudice moral devait être écarté en présence d'une personne morale non-commerçante[587], Mme Boskovic expose que pour ce qui relève de la défense de l'objet statutaire, le recours à la notion de préjudice moral ne serait aucunement nécessaire. Elle conclut enfin que même pour ce qui est des atteintes au nom ou à la diffamation visant le groupement, une telle qualification paraît relever de l'artifice. L'aboutissement du raisonnement a de quoi surprendre quelque peu. Il peut en effet être objecté que la conception finaliste de la patrimonialité par elle proposée n'implique nullement l'exclusion des personnes morales de l'idée-même d'un préjudice extrapatrimonial, notamment parce que toutes les personnes morales n'ont pas de finalité économique[588]. Il convient donc de conclure que cette exclusion relève en réalité de l'opinion doctrinale et semble appuyée sur un raisonnement par analogie avec les personnes physiques[589]. Ceci est attesté par la définition des droits extrapatrimoniaux au travers de l'évocation de la « survie de la personne » qui renvoie de façon très explicite aux personnes physiques. Cette doctrine, minoritaire et grandement imprégnée de la théorie de la fiction de la personne morale, se trouve être fortement discutable pour plusieurs raisons.

B – L'autonomie du préjudice extrapatrimonial des personnes morales, premier pas vers la démarche autonome des droits de la personnalité.

265. L'autonomie, notion liée au rejet de l'analogie. La contestation de l'existence du préjudice extrapatrimonial des personnes morales peut être

585 V. également O. BOSKOVIC, La patrimonialité des droits, Brèves observations sur une notion fondamentale, R.R.J 2005, p. 1783, spéc. n° 29 s.
586 V. not. Y. GUYON, *op. cit.*
587 B. BEIGNIER, L'honneur et le droit, *op. cit.*, p. 245.
588 *Cf. infra* n° 395 et s.
589 O. BOSCOVIC, art. préc., n° 29 et s.

anéantie en ce qu'elle est en réalité issue d'un raisonnement purement analogique, les détracteurs usant de façon constante de la définition du préjudice moral valant pour les personnes physiques et faisant constamment référence aux sentiments[590]. Ainsi, elle a pour seul fondement une conception purement psychologique[591]. Ripert a par conséquent pu écrire que les personnes morales demeurent impassibles face aux haines que peut leur attirer leur activité[592]. Dès lors, selon cette conception, il devient évident que vouloir attribuer à la personne morale des sentiments et lui accorder une indemnisation en cas d'atteinte peut relever d'« une perception abusive de la personnalité morale »[593] et la jurisprudence est en ce sens[594]. Toute interprétation semblant aller vers l'admission des sentiments des personnes morales doit être écartée sans plus ample examen. Mais les préjudices extrapatrimoniaux étant des notions subjectives différentes pour chaque victime et soumise à l'appréciation des juges du fond, il apparaît légitime de s'interroger sur une adaptation de la notion aux personnes morales[595]. Ainsi, la doctrine évolue dans le sens d'une admission de ces préjudices, notamment sous l'impulsion de M. Stoffel-Munck, pour qui la définition habituelle du dommage moral[596] ne correspond en rien aux spécificités des personnes morales[597]. Il convient de rechercher, indépendamment de la notion souvent utilisée de « préjudice moral »[598], qui serait alors propre aux personnes physiques, ce que pourrait recouvrir la notion de préjudice extrapatrimonial des personnes morales. Cet auteur propose de définir la notion de manière « plus

590 Les opposants précités reprennent dans leurs observations la définition du préjudice moral donnée par G. Cornu dans le Vocabulaire juridique, lequel est conçu comme une atteinte aux sentiments.

591 H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, *op. cit.* p. 63 n° 33 s.

592 G. RIPERT, op. cit. p. 79. V. également : Y. CHARTIER, *in* La réparation dans la responsabilité civile, Paris, Dalloz, 1983, n° 310 : la seule limite au préjudice moral des personnes morales est « celle du cœur – en étant dépourvue, elles ne sauraient évidemment alléguer d'un préjudice d'affection ».

593 V. M. WESTER-OUISSE, Le préjudice moral des personnes morales, art. préc.

594 Cass. crim. 22 mai 1979, Bull. crim. 1979, n° 180 ; JCP G 1979, IV, 243.

595 S. GUENNAD, Le préjudice moral des personnes morales, thèse Paris II, 2011, spéc. p. 73 n° 94.

596 V° Moral, sens 3, Vocabulaire juridique, sous dir. G. Cornu, PUF, coll. Quadrige, 2ème éd. 2001.

597 Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., spéc. n° 13

598 Entendu comme espèce d'une catégorie plus générale de préjudice extrapatrimonial.

neutre »[599], indépendante de la dimension psychologique traditionnelle. Le préjudice résulterait de l'atteinte à un intérêt extrapatrimonial entendu comme ce qui participe de « l'être » de la personne morale, à son identité propre[600]. Or, c'est précisément la conclusion qui peut être tirée d'une typologie des droits selon leur finalité[601]. En tant que ressort de raisonnement appliqué non plus aux droits, mais aux préjudices, une typologie télélogique permet de déterminer le préjudice patrimonial comme celui visant le rétablissement de la situation économique de la victime[602]. Cette classification présente l'avantage d'envisager les préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales sous un jour nouveau. La finalité de tels préjudices peut parfaitement, si l'on exclut tout raisonnement analogique, être conçue de manière dissemblable pour les deux catégories de sujets de droit qui n'ont en réalité que peu de choses en commun. Ainsi la destination des préjudices moraux réservés aux êtres de chair et de sang demeurerait la réparation des souffrances physiques et psychologiques[603], alors que ceux des personnes morales peuvent parfaitement répondre à des objectifs totalement distincts. À ce titre, on peut citer par exemple la pérennité des missions de la personne morale en ce que l'activité professionnelle ou activité finalisée participe de la construction et du maintien de la personnalité morale. Ainsi on se trouve en parfait accord avec une démarche autonome qui consisterait à construire la notion de préjudice « moral » des personnes morales sur les éléments propres à ces sujets de droit[604]. L'amendement de la définition du préjudice moral constitue selon nous un premier pas vers cette démarche autonome et l'adopter paraît exclure l'analogie.

266. En cas d'identité de l'atteinte morale pour les personnes physiques et personnes morales, il y a différence du préjudice. En tant que ressort intellectuel, la distinction dommage-préjudice clarifie la notion de préjudice extrapatrimonial des personnes morales. Elle permet d'établir que le dommage moral, consistant par exemple et principalement dans une atteinte à l'honneur et à

599 Selon l'expression de Mme H. MARTRON, *op. cit.* spéc. p. 68 n° 38.
600 Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc. n^{os} 14, 15 et 18.
601 O. BOSKOVIC art. préc.
602 *Cf. supra* n° 258.
603 *Cf. supra* n° 258.
604 *Cf. infra* n° 286 et s.

la considération, est identique pour une personne physique et pour une personne morale. Il y a en pareil cas altération de la personnalité, au moins de la personnalité sociale[605] et la qualité de cette altération est indifférente à la nature de la personne qui en est victime. La dissemblance entre personnes physiques et morales n'apparaît alors qu'au niveau des conséquences de l'atteinte et donc du préjudice. Ainsi en adoptant un raisonnement analogique, là où la personne physique va éprouver diverses souffrances, la personne morale se trouvera confrontée au néant, faute de définition de son préjudice extrapatrimonial qui lui est propre. Or, comme indiqué précédemment, aucune considération logique n'impose une identité entre les préjudices extrapatrimoniaux des personnes physiques et ceux des êtres moraux.

267. En résumé, deux chemins ont été empruntés pour rechercher l'existence du préjudice extrapatrimonial des personnes morales. Le premier est l'émancipation du préjudice économique au moyen d'une conception du caractère extrapatrimonial par opposition au caractère patrimonial ou économique. La seconde voie conduit à l'affranchissement du préjudice moral par le recours à la distinction du dommage et du préjudice combiné à une conception finaliste du préjudice. Ces deux axes de réflexion aboutissent à une conclusion identique : le préjudice extrapatrimonial des personnes morales n'est envisageable que par l'abandon des limites du raisonnement par analogie au profit d'une démarche autonome marquant la différence intrinsèque existant entre les personnes morales et physiques. C'est précisément ce qui a été entamé avec la réflexion plus générale sur le préjudice moral des personnes morales. En effet, la modification de la conception du préjudice moral pour l'adapter aux personnes morales et finalement l'apparition du préjudice extrapatrimonial doit être perçue comme une première étape d'un raisonnement sur les droits de la personnalité des personnes morales affranchi de toute référence aux personnes physiques. L'autonomie du préjudice moral des personnes morales n'est pas le seul argument à conduire à la disqualification du raisonnement analogique. Celle-ci peut-être opérée, en outre par le biais des droits de la personnalité.

605 J. MESTRE, La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et morales contre l'altération de leur personnalité, JCP 1974, I, 2623.

Section III

La disqualification au regard des droits de la personnalité.

268. Mme Dumoulin constate que la démarche scientifique de l'ensemble des études de l'extension des droits de la personnalité des personnes morales est bâtie sur l'aptitude de ces personnes à être bénéficiaires des droits de la personnalité puis sur la détermination des droits qui leur seraient applicables[606]. Elle attribue par conséquent les difficultés conceptuelles de l'extension de ces droits aux personnes morales au choix d'une méthode de type analogique[607]. Elle considère, avec de solides arguments, que cette méthodologie, adoptée également par la jurisprudence est un facteur de complications et d'inégalité de traitement entre les deux types de personnes juridiques compte tenu de leurs différences intrinsèques. Cette opinion est confortée par la nécessité d'aménager les droits aux personnes morales (§ 1) avec le risque toujours présent d'aboutir à un dévoiement de certaines notions comme la vie privée (§ 2).

§ 1 – Nécessité d'aménagements des droits en cas d'usage de la méthode analogique.

269. Inadaptation de la méthode analogique. Une démonstration fondée sur l'analogie et aboutissant à une transposition de l'application des droits de la personnalité aux personnes morales suppose évidemment une similitude entre le « sujet référent », la personne physique et le « sujet répondant », la personne morale. Or, comme le relève fort justement Mme Dumoulin, quelques doutes peuvent être formulés quant à l'existence de cette similitude entre les deux

606 D'autres ont fait le choix d'inverser cet ordre, tentant de lever un à un les différents obstacles théoriques, mais ils fondent pourtant leur analyse sur une analogie, cf. H. Martron, Les droits de la personnalité des personnes morales, préc.

607 V. Par exemple : P. KAYSER, Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, RTD civ. 1971, p. 445,– H. MARTRON, thèse préc.

catégories de sujets de droits[608]. Les personnes physiques et morales, si elles jouissent d'une personnalité technique de même nature n'en sont pas moins fondamentalement différentes au regard notamment de l'acquisition et de l'extinction de cette personnalité mais également de la dominante fonctionnelle de la nature des dernières. C'est la raison pour laquelle l'analogie peut être considérée comme inadaptée, notamment dans le cas d'atteinte à l'honneur et à la considération d'une société absorbée. Une espèce nous offre un exemple de la limitation de cette méthode et de l'embarras qu'elle procure aux magistrats. La Cour de cassation a refusé la possibilité pour une société, cessionnaire de l'action en réparation d'une atteinte à l'honneur subie par une société du même groupe mise en liquidation, d'intervenir volontairement à l'instance[609]. Semblant marquer le lien existant entre personnalité juridique et droits de la personnalité, les premiers juges avaient habilement fondé leur décision sur l'article 384 du Code de procédure civile prévoyant l'extinction de l'instance en cas de décès du demandeur et donc sur la disparition de la personne morale victime de l'atteinte à sa personnalité. Cependant, les décisions d'appel et de cassation ont été rendues au motif que l'honneur des personnes morales, en ce qu'il est attaché à la personne elle-même, est hors du commerce juridique. En fait, les deux types de motivations ne règlent aucunement la question de l'articulation entre les notions de personne morale et de droits de la personnalité, mais le plus dérangeant des deux est le second. La justification d'une telle incessibilité est compréhensible pour l'atteinte à l'honneur d'une personne physique, mais la solution interpelle lorsqu'elle est appliquée à une personne morale surtout comme en l'espèce lorsque la personne morale est membre d'un groupe. Pour les juridictions supérieures, le caractère intransmissible de l'atteinte à l'honneur d'une personne morale est calqué sur les solutions valant pour les personnes physiques pouvant souffrir de telles atteintes[610], alors-même que les êtres désincarnés ne sauraient bien évidemment éprouver des sentiments.

608 L. DUMOULIN, art. préc. n° 15.
609 Cass. 1re civ. 30 mai 2006 : pourvoi n° 04-17102, RJPF 2006 n° 9 p. 10, obs. E. PUTMAN ; JCP G 2006, I 190 par E. TRICOIRE.
610 E. TRICOIRE, note préc.

270. Difficultés d'une transposition des droits de la personnalité sans adaptation. Il convient de constater que la protection de la personnalité des personnes physiques ne peut être transposée telle qu'elle aux personnes morales. C'est notamment le cas concernant les limites opposables à ces droits[611]. Mme Dumoulin donne un exemple simple, le droit à l'information. Il constitue une limite au droit à la vie privée des personnes physiques. À supposer que les être moraux en possède une, le droit à l'information est-il réellement susceptible de constituer une limite à leur vie privée ? On peut en douter notamment parce que contrairement aux personnes physiques, les personnes morales ne peuvent la plupart du temps maintenir un certain nombre d'éléments cachés aux yeux du public, notamment à cause des obligations de publicité. Ce qui fait dire à Mme Dumoulin que les personnes morales « ne fuient pas la clarté »[612]. Par conséquent, l'auteur s'interroge sur la nécessité de définir de nouvelles limites aux droits de la personnalité pour le cas des personnes morales.

271. L'analogie peut aboutir à un régime juridique différencié pour un même droit. Plus avant, la question de l'articulation de la protection de la personnalité des personnes morales avec les autres régimes de protection impose également des adaptations quant au régime juridique d'un droit de la personnalité. Cette interrogation est justifiée car les personnes morales peuvent, par exemple, exploiter certains éléments de leur personnalité à des fins économiques et certains secrets peuvent par ailleurs constituer des avantages concurrentiels. L'une des rares décisions a avoir tranché la question l'a fait par une application subsidiaire des protections de la personnalité par rapport aux règles alternatives[613]. Il s'agissait de la solution la plus aisée. Cependant, Mme Dumoulin expose diverses critiques à l'endroit d'une telle règle de conflit. Une première série d'objections est théorique et une seconde d'ordre pratique. En effet, l'instauration d'une règle prétorienne de subsidiarité des droits de la personnalité des personnes morales en ce qu'elle implique un rapport hiérarchique entre les

611 L. DUMOULIN, art. préc. n° 19.
612 L. DUMOULIN, art. préc. n° 20.
613 CA Aix-en-Provence, 10 mai 2001, JurisData n° 2001-159448, D. 2002, p. 2300, obs. A. LEPAGE.

règles de protection interpelle quelque peu. Cette solution induit pour un même droit, un régime dissocié pour les personnes physiques et pour les personnes morales. Mais alors, s'interroge l'auteur, quid pour une personne physique exploitant commercialement des attributs de sa personnalité ? Une extension de cette subsidiarité à d'autres droits de la personnalité, comme la protection contre les atteintes à la considération des personnes morales est-elle envisageable ? La jurisprudence distinguant la diffamation de la critique déloyale de produits ou services est-elle compatible avec la subsidiarité dès lors que peut être constatée une atteinte à l'honneur ? Certes par la règle de la subsidiarité, les personnes morales bénéficieraient dans le principe de droits de la personnalité, mais ils s'avéreraient moins protecteurs que pour les personnes physiques, d'où la remarque pratique de Mme Dumoulin. Elle relève que la subsidiarité des actions fondées sur des fondements alternatifs comme la contrefaçon ou la concurrence déloyale vont rendre inutile en cas de succès ou décourager dans le cas contraire le recours par les personnes morales aux droits de la personnalité. Il en ressort qu'en cas de subsidiarité, les droits de la personnalité ne présenteraient pour les personnes morales qu'un intérêt mineur.

272. Le problème des modifications apportées à certaines notions est qu'il peut mener à des contresens. C'est le cas lorsqu'on use de la méthode analogique pour attribuer le bénéfice d'une protection de la vie privée aux personnes morales.

§ 2 – Disqualification de l'analogie par dénaturation de notions, l'exemple de la vie privée appliquée aux personnes morales.

273. L'analogie conduirait à la reconnaissance d'une vie privée des personnes morales. S'appuyant sur une méthode analogique de détermination des droits de la personnalité des personnes morales[614], Mme Martron a proposé de départir la notion de vie privée de toute dimension psychologique afin de l'adapter à la nature des personnes morales. Elle a ainsi mis en valeur le

614 H. MARTRON, *op. cit.*, n° 206, p. 245.

caractère purement fonctionnel de leur droit à la vie privée qui viserait alors à protéger le cadre d'exercice de leur activité. Bien que cette position soit techniquement admissible[615], elle soulève plusieurs d'objections. En réalité, d'un point de vue analogique, les deux notions de vie privée et de personne morale sont incompatibles et imposent une véritable dénaturation de la première[616] qui apparaît impossible à approuver (B), la vie privée étant fondamentalement dépourvue de caractère fonctionnel (A).

A – Le caractère intrinsèquement « afonctionnel » de la vie privée des personnes physiques.

274. La notion de vie privée ne se prête aucunement à une application analogique aux personnes morales. La raison principale ne relève pas du combat contre un anthropomorphisme galopant mais plutôt de la notion de vie privée elle-même. Indépendamment des difficultés de définitions de la vie privée[617], il est possible d'en déterminer les caractères incompatibles avec la personnalité morale. La notion de vie privée est « alocalisée » (2) et « aprofessionnelle » (2).

1 – L' « alocalisation » de la notion de vie privée.

275. La notion de vie privée est dépourvue de localisation. Le défaut de localisation de la vie privée résulte de la qualité de personne humaine à qui elle

615 F. MOULIÈRE, Secret des affaires et vie privée, D. 2012, p. 571.

616 J. -Ch. SAINT-PAU, (ss. dir.), Droits de la personnalité, Paris, LexisNexis, 2013, spéc. n° 1121, p. 697.

617 Selon le vocabulaire juridique, la vie privée constitue « la sphère d'intimité de chacun ; par opposition à la vie publique, ce qui dans la vie de chacun ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes (s'il n'a consenti à le dévoiler) : vie familiale, conjugale, sentimentale, face cachée de son travail, ou de ses loisirs ». Le droit au respect de la vie privée serait celui « de n'être troublé par autrui ni chez soi (inviolabilité du domicile) ; ni dans son quant-à-soi (inviolabilité de la sphère d'intimité) ». Définir la vie privée au-delà se révèle une véritable gageure. Dépourvue de définition légale, la vie privée a fait l'objet de plusieurs tentatives doctrinales pour en déterminer les contours. Différentes méthodes ont été utilisées, une définition négative par l'opposition à la vie publique ou encore par une énumération de ces éléments. Cependant, rétive à toute détermination de définition précise, certains se sont contentés à une définition minimale et malléable comme une « information personnelle », et non pas un fait, dont la protection serait justifiée par « l'attitude prévisible de la plupart des individus envers cette information » (A. LEPAGE, Personnalité (Droits de la), Rép. civ. Dalloz, 2009, spéc. n° 60 s., p. 15 s. et réf. citées.). Il s'agirait d'informations relatives à l'identité et à l'intimité des personnes (J. -Ch. SAINT-PAU, L'article 9 du Code civil, matrice des droits de la personnalité, D. 1999, jur. p. 541).

est appliquée. Toute personne humaine qui a pour vêtement juridique la personne physique « transporte » à chaque instant avec elle sa vie privée. Ainsi l' « alocalisation » de la notion de vie privée peut être parfaitement démontrée par la distinction à faire entre vie privée et lieu privé. Il a été relevé que ce dernier se définit comme « l'endroit n'étant ouvert à personne sauf autorisation de celui qui l'occupe, par opposition à un lieu accessible à tous »[618]. Il résulte de cette distinction que s'il apparaît légitime que la vie privée se déroule à l'abri des regards ou intrusions des tiers dans le cadre protecteur d'un lieu privé, ce n'est pas toujours le cas[619]. Bien qu'il s'agisse le plus souvent de personnes notoirement connues, la jurisprudence admet que la vie privée d'une personne physique puisse se dérouler et être violée alors même que cette personne se trouverait dans un lieu public[620]. Or ce caractère semble faire défaut dans les quelques décisions attribuant, ou semblant le faire, une vie privée aux personnes morales. Toutes celles consultés font référence à une vie privée qui se déroulerait dans un lieu privé[621]. Les raisons de cette localisation de la vie privée des personnes morales se comprennent aisément et tiennent à la nature incorporelle de ces personnes. On pourrait dès lors objecter que l' « alocalisation » de cette vie privée ne serait pas essentielle pour les personnes morales compte tenu de leur nature. Ce serait à notre sens participer à l'énucléation de la notion de vie privée, étape que certains auteurs n'ont pas souhaité franchir notamment en utilisant une méthode autonome pour la détermination des droits de la personnalité à l'endroit des personnes morales[622]. Cette altération de l'essence de cette notion est à proscrire également parce que l' « alocalisation » se trouve en lien avec un second caractère, l' « aprofessionnalité ».

---

618 V. not. Cass. crim. 28 nov. 2006, Contrats, com. électr. 2007, comm. 45.

619 Th. HASSLER, Image et vie privée sous la loupe des médias, AJ Famille 2008, p. 184. – A. LEPAGE, Personnalité (Droits de la) préc., spéc. n° 69, p. 16 s.

620 V par exemple : Cass. civ. 2ème, 10 mars 2004, pourvoi : 01-15322 ; Bull. n° 117 p. 97 ; RJPF 2004, 13.

621 Cass. crim. 08 avr. 1997 : pourvoi n° 96-82351 ; GP. 1997, II, chron. crim. p. 162 – CA Aix-en-Provence 1re Ch. B, 10 mai 2001, D. 2002, somm. p. 2299 obs. A. Lepage.

622 L. DUMOULIN : Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev. soc. 2006, p. 1, spéc. n° 42, p. 25 s.

2 – « L'aprofessionnalité » de la notion de vie privée.

276. Il convient au préalable de remarquer que la profession d'une personne physique est susceptible de constituer en soi une information personnelle au sens de la loi du 06 janvier 1978. Cependant, au-delà de la dimension informationnelle de l'indication de la profession d'une personne, la notion de vie privée ne saurait nullement s'accorder dans son essence avec une dimension professionnelle. Le caractère « aprofessionnel » de la vie privée peut être illustré d'une part naturellement quant à son contenu usuellement retenu (a) mais également quant à la conciliation de ce droit avec d'autres qui en constitueraient la limite, comme le pouvoir de contrôle de l'employeur. Il conviendra par conséquent de rechercher l'articulation entre les notions de vie privée, de vie personnelle et de vie professionnelle (b).

a – « L'aprofessionnalité » de la notion de vie privée au regard de son contenu.

277. Un contenu classiquement « aprofessionnel ». Il est de fait que plusieurs éléments bien connus de la vie privée, comme la vie sentimentale, la sexualité, l'état des personnes, etc., livrés par la jurisprudence relative à la répression ou à la réparation de sa violation invitent à déduire cette « aprofessionnalité »[623]. Cependant, un concept peut *a priori* venir jeter le trouble, la notion de « vie privée sociale » utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme.

278. La « vie privée sociale », un concept perturbateur. La « vie privée sociale » est une conception particulièrement large de la vie privée et semble posséder selon la jurisprudence une dimension professionnelle. Les juges de Strasbourg ont en effet retenu dans une célèbre décision du 16 décembre 1992 qu'au sens de l'article 8 de la Convention, la vie privée comprend « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ». Elle ajoute ensuite qu' « il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les

623 Pour exemple : Ph. MALAURIE, Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs, 6ème éd., Defrénois Lextenso éditions, Paris, 2012, spéc. n° 324 p. 141 ; A. LEPAGE : Personnalité (Droits de la) préc. spéc. n° 71 s. p. 17 s.

activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur » [624]. Malgré cette jurisprudence, il convient de ne pas se méprendre. Deux remarques doivent guider l'interprétation de cette conception large de la vie privée. En premier lieu, l'inclusion d'une dimension professionnelle au sein de la vie privée n'est en réalité que conditionnelle. La Cour a retenu que « des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8, lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables »[625]. La vie privée ainsi entendue par la Cour de Strasbourg a pour but la protection de la personnalité de la personne humaine par celle de son épanouissement personnel[626]. En second lieu il convient de remarquer que la Cour n'évoque le contexte dans lequel les relations sociales se nouent qu'à titre incident, relevant que lesdites relations se nouent principalement à l'occasion de la vie professionnelle. Il est donc sous-entendu que la « vie privée sociale » peut résulter de toute autre relation sociale. Le contexte se trouve alors parfaitement neutre. Il se déduit de cette indifférence contextuelle que la dimension professionnelle comprise dans la notion de « vie privée sociale » ne permet pas de remettre en cause le caractère « aprofessionnel » de la vie privée. Toutefois, une autre jurisprudence peut faire naître quelques doutes sur le caractère « aprofessionnel » de la vie privée, doutes qu'il convient de lever.

b – « L'aprofessionnalité » de la vie privée au regard de la jurisprudence sociale conciliatrice des droits des salariés et du pouvoir de contrôle de l'employeur.

279. Difficultés liées à la notion de vie privée du salarié. Il serait possible de

---

624 CEDH 16 décembre 1992 Niemietz c/ Allemagne, req. n°13710/88 série A n° 251-B, spéc. p. 33 s., n° 29 ; principe réaffirmé par la suite, voir par exemple : 25 juin 1997 Halford c. Royaume-Uni, req. n°20605/92, Recueil 1997-III, spéc. p. 1015 s. n° 42 à 46 ; 04 mai 2000 Rotaru c/ Roumanie, req. n° 28341/95, spéc. n° 43 ; D. 2001 somm. 1988, obs. A. LEPAGE.

625 CEDH 28 mai 2009, Bigaeva c/ Grèce, req. n° 26713/05 spéc. n° 23 ; JCP G 2009 I 143 par F. Sudre spéc. n° 16. – CEDH 19 octobre 2010 Özpinar c/ Turquie req. n° 20999/04, spéc. n° 46 ; JCP G 2010, act. 1126, obs. G. GONZALEZ ; JCP G 2011, I 94, obs. F. SUDRE, spéc. n° 13.

626 CEDH 28 mai 2009, Bigaeva c/ Grèce, spéc. n° 22 : affirmant que l'article 8 « protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel (..) ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle (...) ».

contester l' « aprofessionnalité » de cette notion inconstante qu'est la vie privée en mettant en avant les difficultés de lisibilité que semble offrir la jurisprudence de la chambre sociale relative aux fautes pouvant être retenues à l'encontre d'un salarié. En effet, la formation sociale de la Haute juridiction a affirmé dans un célèbre arrêt du 02 octobre 2001 que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, qui inclut le respect des correspondances »[627]. Ainsi, les solutions retenues depuis cette décision, principalement en matière de respect du secret des correspondances tendraient à établir l'existence d'une vie privée résiduelle dans la sphère professionnelle. Il y aurait alors deux vies privées aux domaines distincts, celle du salarié relevant d'un domaine moins large que celle du *quidam*[628]. De plus depuis 1997, la chambre sociale use, outre la notion de vie privée, de celle de vie personnelle qui est opposée à la vie professionnelle du salarié[629]. Simple dans son principe, la dichotomie paraît pourtant plus difficile à saisir en pratique. Si le principe est qu'un fait relevant de la vie personnelle du salarié ne peut aboutir à des sanctions disciplinaires à son encontre et plus particulièrement à son licenciement, il convient de remarquer que certaines décisions sapent considérablement l'intelligibilité de la jurisprudence[630]. De la sorte, il a pu être remarqué qu' « il y a

627 Cass. soc. 02 oct. 2001, SA Nikon France c/ Onof : pourvoi n° 99-42.942 ; Bull. V. n° 291, p. 233 ; JurisData n° 2001-011137 ; P.-Y. GAUTIER, D. 2001, p. 3148 ; Ch. CARON, D. 2002, p. 2296 ; A. RAYNOUARD, Defrénois 2002, p. 1407.

628 Notamment au regard de la protection des correspondances : Cass. soc., 18 oct. 2011 : pourvoi n° 10-26.782 : JurisData n° 2011-022346 ; JCP S 2012, 1041, note B. BOSSU.

629 Cass. soc., 14 mai 1997 : pourvoi n° 94-45473, Bull., V, n° 175 – 16 déc. 1997 : pourvoi n° 95-41326, Bull., V, n° 441, JCP 1998, II, 10101, note M. -C. ESCANDE-VARNIOL.

630 En cas de retrait de permis de conduire durant la vie personnelle : Cass. soc. 26 sept. 2001, n° 99-43.636 : RJS 2001, n° 1413 – 03 mai 2011 : pourvoi n° 09-67.464, JurisData n° 2011-007705, JCP S 2011, p. 1312 note D. CORRIGNAN-CARSIN ; contra V. Cass. soc., 02 déc. 2003, n° 01-43.227 : JCP G 2004, II, 10025, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Dr. soc. 2004, p. 550, obs. J. SAVATIER. – 19 mars 2008, n° 06-45.212 : Dr. soc. 2008, p. 818, obs. Ch. VIGNEAU. – En cas de comportements déplacés d'un salarié envers d'autres du sexe opposé qui ont été jugés fautifs bien que s'étant déroulés a priori hors de la vie professionnelle, c'est-à-dire hors des temps et lieux de travail : Cass. soc. 19 oct. 2011 : pourvoi n° 09-72.672 : JurisData n° 2011-022322 ; JCP S 2012, 1042, note B. BOSSU. – Décisions relatives au secret des correspondances, en l'occurrence électroniques du salarié qui peuvent revêtir un caractère personnel alors-même que l'outil informatique serait fourni par l'employeur. Ce dernier se voit peu à peu offrir la possibilité, fondée sur une présomption de professionnalité du contenu si les correspondances n'ont pas été identifiées comme personnelles, de les ouvrir, étant précisé qu'il se trouve dans l'incapacité de les utiliser si leur contenu s'avère relever de la vie privée du salarié : Cass soc. 18 oct. 2011, 2 espèces : pourvoi n° 10-26.782, JurisData n° 2011-022346 et pourvoi n° 10-25.706, JurisData n° 2011-022343, JCP S 2012, 1041, note B. BOSSU.

'du personnel' dans la vie *au* travail et 'du professionnel' dans la vie *hors* travail »[631].

280. Conception dualiste ou fonctionnelle de l'articulation entre vie privée, vie personnelle et vie professionnelle. Néanmoins, la vie privée exclut par principe toute dimension professionnelle. Plusieurs séries d'explications peuvent étayer l'évidence de cet énoncé. Tout d'abord, il peut être remarqué que l'articulation entre vie privée, vie personnelle et vie professionnelle semble se cristalliser autour de deux approches. La première approche de la question pourrait être qualifiée de dualiste ou fonctionnelle. Il en résulterait une distinction entre la vie privée et la vie personnelle laquelle reposerait sur « la différence de fonction remplie par chacune de ces notions »[632]. Dans cette optique, Mme le Professeur Lepage a relevé que « la notion de vie personnelle, propre au droit du travail, n'évoque pas tant l'intégrité morale de la personne, dont le respect de la vie privée constitue en revanche un aspect, que la mesure de l'autonomie du salarié à l'égard de l'employeur », la vie personnelle et la vie privée se situeraient par conséquent sur des plans différents parce que leur fonction serait différente[633]. Ainsi, la vie privée du salarié ne se trouverait en réalité protégée qu'à titre incident. La relation de travail, contexte de la protection serait neutre[634]. On comprend parfaitement que dans cette optique dualiste ou fonctionnelle, la vie privée soit exempte de tout caractère professionnel.

281. Conception moniste de l'articulation. En second lieu, d'autres auteurs ont développé une approche moniste. Elle fait de la vie privée du salarié une composante de la vie personnelle de celui-ci[635]. Pour la suite du raisonnement, il va de soit que, la vie personnelle étant opposée à la vie professionnelle et la vie privée étant composante de la vie personnelle, la vie privée ne saurait posséder

631 P. ADAM, Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax. Regards sur quelques arrêts rendus en 2011, RDT 2012, p. 100.

632 A. LEPAGE, La vie privée, une notion civiliste en droit du travail, Dr. soc. 2006 p. 364 spéc. n° 18.

633 *Idem* spéc. n° 24.

634 *Idem* n° 19.

635 Selon P. WAQUET *in* L'entreprise et les libertés du salarié : éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 2003, p. 121, la notion de vie personnelle comprendrait « les actes relevant de l'intimité du salarié et les actes que le salarié ne tient pas secrets, qu'il accomplit au vu et au su de tous ».

de dimension professionnelle. Il s'agit-là d'une position classique quoi qu'elle ne soit pas toujours clairement exprimée. C'est ce qu'il peut être tiré du traitement de la notion de vie personnelle au détour d'un paragraphe relatif à la vie privée[636]. Dès lors sur le principe, qu'elle soit une composante de la vie personnelle ou située sur un autre plan que la vie professionnelle, il apparaît que la vie privée ne possède aucune dimension professionnelle.

282. L'arrachement d'un fait du salarié à sa vie privée par l'existence d'un rapport permettant le rattachement aux missions de celui-ci ou au cadre, entendu au sens large, de l'activité de l'entreprise. Il convient néanmoins de rechercher dans la pratique les éléments permettant de discriminer ce qui, dans un ou plusieurs agissements, va permettre de le rattacher à la vie professionnelle. Ainsi, l'employeur est susceptible de pouvoir limiter l'autonomie du salarié et de le sanctionner le cas échéant même pour certains faits relevant en principe de sa vie personnelle. Cependant, la frontière est quelque peu difficile à déterminer car l'œuvre prétorienne n'est pas achevée et le critère souffre encore aujourd'hui d'un manque de sous-critères. La distinction semble pouvoir s'effectuer par la découverte d'un « rapport avec [l'] activité professionnelle »[637] du salarié incluant son cadre d'exercice. Ce rapport peut en premier lieu résulter des fonctions du salarié[638], mais encore faut-il que la faute reprochée trouve son origine dans l'exercice par le salarié de ses fonctions. C'est ce que nous enseigne l'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur celle du Conseil d'État en matière de retrait ou suspension du permis de conduire[639]. Par arrêt du 03 mai 2011, la Haute juridiction a estimé qu' « un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail ; que le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions

636 F. TERRÉ, D. FENOUILLET, Les personnes, La personnalité, Incapacités, Protection, Dalloz, coll. Précis, Paris 2012, spéc. n° 110 p. 123 s.

637 Cass. soc., 28 sept. 2008 : pourvoi n° 10-16995, évoqué par H. HASNAOUI, Les correspondances du salarié, préc.

638 Cass. soc. 25 févr. 2003 : pourvoi n° 00-42031, JurisData n° 2003-017934 ; Bull. civ. 2003, V, n° 66 ; Dr. soc. 2003, p. 625, note J. SAVATIER .

639 CE 15 déc. 2010, n° 316856, RDT 2011, p. 116, obs. P. ADAM.

de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail »[640]. Un second exemple peut être donné par l'évocation d'une décision de cassation relative au licenciement d'une employée d'une société ayant commis des détournements de fonds au détriment d'une association dont elle était également trésorière[641]. Que le rattachement d'un fait à la vie professionnelle du salarié repose sur la bonne ou mauvaise exécution de ses missions semble évident. Cependant, il est plus remarquable que le lien avec l'activité professionnelle puisse être moins direct et relatif plus largement au cadre d'exercice de l'activité professionnelle. Il peut s'agir notamment du lieu où les agissements reprochés se sont déroulés[642], des personnes en présence[643] ou encore de l'utilisation des moyens ou services de l'entreprise à des fins criminelles[644]. Ce rattachement ne saurait pourtant être distendu au point de rester à la surface des choses. C'est ainsi que des éléments relatifs à la vie privée du salarié contenus dans un message électronique sont impossibles à utiliser à des fins disciplinaires[645]. Le rattachement du message à la vie professionnelle est

640 Cass. soc. 03 mai 2011, n° 09-67464 ; JurisData n° 2011-007705 ; JCP S 2011, p. 1312, note D. CORRIGNAN-CARSIN. Par cette décision, la Cour rompt avec sa précédente ligne jurisprudentielle en la matière : Cass. soc. 02 déc. 2003 : pourvoi n° 01-43227 ; JCP G 2004, II, 10025, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Dr. soc. 2004, p. 550, obs. J. SAVATIER. – Cass. soc., 19 mars 2008 : pourvoi n° 06-45212, Dr. soc. 2008, p. 818, obs. Ch. VIGNEAU.

641 Cass. soc., 23 juin 2009 : pourvoi n° 07-45256, JurisData n° 2009-048778, JCP S 2009, 243, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN.

642 Pour une rixe entre salariés durant une réunion du comité d'entreprise au sein des locaux de celle-ci : Cass. soc., 12 janv. 1999 : pourvoi n° 96-43705, RJS 1999, 2ème esp., n° 150. Cass. soc., 04 oct. 2011 : pourvoi n° 10-18862, JurisData n° 2011-021015 ; JCP S 2011, act. 394, obs. N. DAUXERRE.

643 Cass. soc., 10 déc. 2008 : pourvoi n° 07-41820 ; Bull. civ., V, n° 245 ; D. 2009 AJ 104, obs. B. INES ; RDT 2009 p. 168, obs. R. DE QUENAUDON – Cass. soc. 19 octobre 2011 : pourvoi n° 09-72672 ; JurisData n° 2011-022322 ; JCP S 2012, 1042, note B. Bossu.

644 Cass. soc., 24 juin 1998 : pourvoi n° 96-40150, JurisData n° 1998-002888 ; Bull. civ., V, n° 338. – Cass. soc., 18 oct. 2011 : pourvoi n° 10-26782, JurisData n° 2011-022346.

645 Cass. soc., 05 juil. 2011 : pourvoi n° 10-17284 : JurisData n° 2011-013754, JCP S 2011, 1501, obs. B. BOSSU. – Cass. soc., 18 oct. 2011 : pourvoi n° 10-25706 : JurisData n° 2011-022343 ; JCP S 2012, 1041, 2éme esp., note B BOSSU. Il ne s'agit pas ici de la question de l'accès aux documents ou messages conservés ou échangés au moyen des matériels et services mis à disposition du salarié, mais de celle de leur utilisation à des fins disciplinaires. L'accès de l'employeur à ces documents ou informations a dû être organisé par la jurisprudence dans un esprit de conciliation des droits des deux parties. Elles ont chacune une obligation. Le salarié doit signaler clairement les dossiers ou messages personnels qu'il conserve, mais l'employeur doit au moins faire appeler son subordonné pour l'ouverture de

déterminé en fonction de son contenu[646], ce qui peut parfois s'avérer difficile, notamment en cas de correspondance au contenu mixte[647]. Aussi, en dépit des difficultés concernant le contenu des correspondances et la détermination du critère, un fait possédant un rapport avec l'activité professionnelle du salarié implique qu'il n'appartienne aucunement au domaine de sa vie privée ou personnelle.

B – Conséquence : rejet de la méthode analogique.

283. L'analogie source de dualité et de contradiction des notions. La proposition d'une vie privée des personnes morales entendue comme la protection « du cadre de leurs activités »[648] n'apparaît pas convaincante au regard de la notion de vie privée prise en elle-même. Celle-ci nécessite, à l'égal de celle des personnes physiques, l'examen et la qualification du contenu de l'information ou de la situation qui pourrait relever de cette vie[649]. À cette fin, M. Loiseau fait valoir que l'invocation de la vie privée par les personnes morales ne constitue que le « moyen d'assurer la confidentialité de certaines données d'ordre professionnel »[650]. De manière plus essentielle, il peut être remarqué que finalement, en droit du travail, la distinction entre vies personnelle et professionnelle s'apparente à mettre en valeur différents aspects de la personne physique assez semblables aux deux grandes facettes de la personne morale, à savoir fonctionnelle et non-fonctionnelle. La jurisprudence sociale démontre en effet la coexistence de la dimension humaine, « aprofessionnelle » ou « afonctionnelle », et d'une dimension professionnelle de la personne physique

---

ces documents (Cass. soc., 17 juin 2009 : pourvoi n° 08-40274 : JurisData n° 2009-048669 ; JCP S 2009, 1362, note E. JEANSEN ; LPA, 12 mai 2010, p. 12, note P. ADAM. - J.-E. Ray et J.-P. BOUCHET, Vie professionnelle, vie personnelle et TIC : Dr. soc. 2010, p. 50). À défaut d'identification, les documents ou messages sont présumés professionnels et de libre accès à l'employeur (Cass. soc., 15 déc. 2010 : pourvoi n° 08-42486 ; Cass. soc., 18 oct. 2011, 1re esp. : pourvoi n° 10-26.782, : JurisData n° 2011-022346, note par B. BOSSU préc.).

646 Cass. soc., 02 févr. 2011 : pourvoi n° 09-72449, JCP S 2011, 1274, 1re esp., note A. MARTINON.

647 B. BOSSU, note ss Cass. soc., 05 juil. 2011, préc. ; H. HASNAOUI, Les correspondances du salarié, RDT 2012, p. 545.

648 H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, *op. cit.*, spéc. n° 199 s., p. 239 s.

649 *Cf. infra* n° 373 et s.

650 G. LOISEAU, Des droits humains pour personnes non humaines, D. 2011, p. 2558.

relative à l'exécution de sa prestation de travail qualifiée de « vie professionnelle ». Ainsi la vie professionnelle peut apparaître comme étant à la personne physique ce que la personnalité fonctionnelle est à la personne morale. Ce sentiment est accentué par l'utilisation de la notion de « rapport avec l'activité professionnelle » du salarié sans que l'expression ne contienne le terme « direct »[651]. Tous ces éléments conduisent à relever une contradiction dans l'admission de la vie privée des personnes morales selon une méthode analogique. Comment protéger le cadre de leur activité professionnelle alors que notamment la jurisprudence travailliste tend précisément vers l'exclusion du champ de la vie personnelle et privée de tout ce qui concerne l'activité professionnelle ou son cadre ? La position soutenue par certains auteurs se rapportant aux personnes morales est donc en opposition fondamentale avec le caractère « aprofessionnel » par essence et donc « afonctionnel » de la notion de vie privée.

284. L'analogie, source d'interrogations. Il en résulte que la méthode analogique, en prétendant transposer un droit de la personnalité tel que la vie privée aux personnes morales, aboutit paradoxalement à une distorsion de la notion. Cette modification de la notion de vie privée est tellement profonde qu'on en vient à se demander quel est l'intérêt de procéder par analogie et donc de retenir une identité technique entre les personnalités juridiques pour finalement conduire à une conception différenciée des droits que l'on souhaite transposer.

Conclusion du chapitre I.

285. La méthode analogique de détermination des droits de la personnalité est rassurante pour le juriste, notamment parce qu'elle permet de n'envisager que des

651 Cass. soc., 28 sept. 2008 : pourvoi n° 10-16995, préc.

adaptations des droits de la personnalité aux particularismes des personnes morales. Cependant, pour séduisante qu'elle soit, cette analogie s'avère inadaptée pour mener à une application aux êtres éthérés de diverses notions en lien avec les droits de la personnalité. En premier lieu, la transposition du préjudice moral paraît, sinon impossible, militer contre cette méthode par la double autonomie du préjudice moral des personnes morales. En second lieu, l'analogie ne se contente pas simplement d'aménager les droits de la personnalité, mais elle peut aboutir à des contresens, comme démontré pour la vie privée. Pour ces raisons, la méthode analogique nous semble devoir être écartée au profit d'une méthode autonome.

Chapitre II

L'approche autonome des droits de la personnalité, source de protection de la personnalité non-fonctionnelle.

286. La méthode analogique de détermination des droits de la personnalité des personnes morales est conceptuellement disqualifiée. Cependant, son remplacement n'apparaît pas aisé tant l'esprit peut être captif du confort intellectuel procuré par les sentiers balisés. Fort heureusement Mme Dumoulin[652] a décrit une démarche novatrice, fondée sur les caractéristiques propres à ces êtres. Néanmoins, elle nécessite d'être modifiée sur la base de la distinction entre ce qui relève de la personnalité fonctionnelle et non-fonctionnelle (Section I). Cette méthode est de plus apte à déterminer le substrat de la protection de la personnalité non-fonctionnelle (Section II).

652 L. DUMOULIN, Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev. soc. 2006, p.1.

Section I
Une démarche autonome modifiée.

287. Déterminer les droits de la personnalité des personnes morales sans se référer aux solutions précédemment adoptées pour les personnes physiques peut déstabiliser quelque peu tant les incertitudes conceptuelles peuvent être nombreuses (§ 1). Mais, indépendamment du manque de repères qu'elle procure, l'adoption d'une telle méthode ne doit pas être aveugle, elle doit en effet être modifiée (§ 2).

§ 1 – Une démarche source d'incertitudes.

288. Exposé de la démarche autonome. Dans son important article, Mme Dumoulin propose, pour permettre aux personnes morales d'accéder aux droits de la personnalité, de définir ceux-ci « ex nihilo » selon une démarche « affranchie de l'autorité des solutions relatives aux droits de la personnalité des personnes physiques »[653]. La démarche intellectuelle est séduisante mais nécessite de lever une difficulté qui pourrait sembler insurmontable : l'extrême diversité des êtres moraux. Elle s'exprime en premier lieu dans le régime juridique des personnes morales et en second lieu au travers de la variété de leur capacité[654]. C'est pourquoi l'auteur relève qu'il existe néanmoins des points communs à toutes les personnes morales. Quel que soit son type, la personne morale, groupement de personnes ou de biens, de droit public ou de droit privé, jouit dans tous les cas d'une organisation et d'une finalité. Sur ces deux piliers, elle propose de définir les éléments constitutifs de la personnalité des personnes morales qui vont remplir un « rôle d'individualisation et de singularisation ». L'auteur distingue deux

653 L. DUMOULIN, art. préc. n° 27.

654 Cette opinion se retrouve sous diverses formes notamment dans la pensée de Ch. ATIAS, Droit civil, les personnes, les incapacités, PUF, coll. Droit fondamental, 1985 n° 134 ; G. GOUBEAUX, Traité de droit civil, Les personnes, ss dir. de J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1991, spéc. n° 12.

personnalités. Tout d'abord la personnalité qu'elle dénomme « organisationnelle » regrouperait non seulement la forme juridique, les dénomination, nationalité et domicile de la personne morale, mais également l'ensemble de ce qui relève de l'organisation de la personne morale comme par exemple le caractère dualiste ou moniste d'une société anonyme ou même d'une association ayant choisi ce type d'organisation[655]. À côté de cette personnalité « organisationnelle », se trouverait une personnalité « fonctionnelle » qui comprendrait tous les éléments en rapport avec l'activité de la personne morale et qui concourent à sa finalité. Ainsi, Mme Dumoulin propose d'élever au rang d'élément de la personnalité l'objet social, les brevets, les marques et autres déclarations d'utilité publique. Il est également possible d'envisager l'inclusion des logos, sigles ou de tout ce qui est accordé par l'administration nommément à la personne morale pour l'exercice de son activité tel que les agréments, autorisations ou habilitations.

289. Incertitudes de la démarche autonome. Seulement une telle démarche constitue un véritable saut dans l'inconnu intellectuel et s'accompagne de nombreuses incertitudes que l'auteur relève. Une première incertitude frappe la démarche autonome en elle-même. L'auteur indique qu'en adoptant une telle méthode, les éléments de la personnalité des personnes morales possèdent des caractéristiques inverses de celles de la personnalité des personnes physiques. En premier lieu, leur nombre va donc être multiplié considérablement. En second lieu, si certains éléments sont communs à tous les êtres artificiels, d'autres seraient propres à chacun d'eux, rompant ainsi avec l'identité qui caractérise les éléments constitutifs de la personnalité des êtres humains. La combinaison de ces deux incertitudes amène à craindre une hyper-spécialisation des droits de la personnalité des êtres moraux qui nuirait à la compréhension de la notion. On peut concevoir que ces droits puissent être fondés sur les éléments individualisants de la personne morale elle-même, sur le type de personne morale ou encore sur certains types d'activités. Enfin, ces éléments sont marqués par une forte évolutivité, pour ne pas dire une grande précarité. En effet, à considérer l'objet social comme un tel élément, celui-ci peut être modifié ou même se trouver

655 L. DUMOULIN, art. préc. n° 33. L'auteur se demande même « quelle atteinte pourrait être portée à ces derniers éléments ».

remis en question par le jeu d'impératifs supérieurs conduisant à la fin de l'activité[656]. « Ainsi, à l'identité, au nombre limité et à la permanence des droits de la personnalité des personnes physiques correspondent la diversité, le nombre illimité[657] et l'évolutivité de ceux des personnes morales »[658]. Une seconde incertitude est liée au fait qu'il peut être difficile de déterminer les atteintes qui pourraient être portées à certains éléments de la personnalité. Mme Dumoulin le relève d'ailleurs elle-même lorsqu'elle détaille les éléments de la personnalité organisationnelle et plus précisément le caractère dualiste ou moniste de certaines sociétés[659]. De même, l'atteinte à la forme de la personne morale paraît tout aussi problématique à apprécier[660]. Mme Martron pour sa part rejette catégoriquement la démarche autonome, affirmant que les éléments des personnalités fonctionnelle et organisationnelle encourent la même critique. Ils pèchent par insuffisance de spécificité pour entrer dans le champ de la personnalité protégée et ce, tout en admettant que certains d'entre eux relèvent de l'organisation de la personne morale[661]. Or, selon elle, l'organisation fait partie du substrat sur lequel repose la personnalité morale devant être protégée au titre des droits de la personnalité[662].

290. Perte de repères notionnels. Plus fondamentalement, la démarche autonome pose nombre de questions au regard de la notion de droit de la personnalité en elle-même. En effet, on ne voit pas bien au nom de quoi les droits de la personnalité des personnes morales devraient être calqués sur ceux des

---

656 Ainsi des salons de thé à narguilés ou encore l'interdiction des avertisseurs de radars fonctionnant au moyen du réseau GPS.

657 Peut-être que cette sensation de vertige pourra s'estomper avec le temps et l'émergence d'une certaine rationalisation de ces droits.

658 L. DUMOULIN, Droits de la personnalité des personnes morales, art. préc., spéc. n° 36, p. 22.

659 L. DUMOULIN, art. préc., n° 33.

660 L'auteur mentionne également, au n° 37, une autre incertitude relative à la dimension fonctionnelle de ces droits de la personnalité en ce que nombre d'entités non-personnifiées possèdent également ce caractère. Selon elle, cette situation serait de nature à remettre en cause l'ensemble de la théorie des droits de la personnalité qui est fondée sur la notion de droit subjectif et par conséquent de sujet de droit. Cette affirmation semble cependant devoir être nuancée car le lien entre droits de la personnalité et personnalité juridique doit être maintenu fermement et ne nous semble pas fondamentalement contraire à l'adoption d'une démarche autonome.

661 H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, *op. cit*, n° 126, p. 155.

662 *Idem*, n° 63, p. 97.

personnes physiques. Madame Dumoulin le démontre fort bien dans la classification qu'elle propose. Certains droits seraient, moyennant éventuellement quelques aménagements, communs aux deux types de personnes et d'autres pourraient parfaitement être propres à chacun d'eux[663]. De même, il est possible de concevoir que certains droits de la personnalité puissent être protégés par d'autres règles ou corps de règles, au moins partiellement. Plus précisément, certaines règles applicables aux personnes morales sembleraient constituer des applications de droits de la personnalité propres à ces personnes. De plus, la volonté de la personne a-t-elle forcément une place dans tous les droits dont bénéficieraient les êtres moraux[664] ? Enfin, il ne semble plus sûr que de tels droits ne concernent que l'individualisation de la personne morale. À l'évidence, l'autonomie de la démarche propose d'ouvrir la réflexion au-delà des limites de raisonnement conçues autour des personnes physiques.

§ 2 – Exclusion de la protection des atteintes à la personnalité fonctionnelle par les droits de la personnalité.

291. Modification de la démarche autonome. Cette démarche emprunte d'imagination est loin de susciter le rejet. Une telle éviction reviendrait à un raisonnement binaire et donc à un affrontement fort peu constructif de thèses comme la doctrine juridique en a le secret. De fait, les diverses incertitudes de la démarche autonome appellent au contraire certains amendements. Le cadre organisationnel et fonctionnel des droits de la personnalité défini par la démarche autonome doit, à notre sens, être modifié. La raison en est simple : ce qui relève de la personnalité de la personne morale est sans rapport direct ou même indirect avec son activité professionnelle, son activité finalisée. Il convient pour cette raison d'exclure toute référence à la défense de la personnalité fonctionnelle. Par conséquent, la définition autonome des droits de la personnalité des personnes

663 L. DUMOULIN, art. préc. n° 40 et s., p. 24 et s.

664 Comme pour les personnes physiques : A. LEPAGE, Personnalité (Droits de la), Rép. Civ. Dalloz 2013, spéc. n° 21.

morales ne peut reposer que sur la personnalité «non-fonctionnelle». Au-delà de cet argument de pure logique, il convient de démontrer que le caractère professionnel ou non se rattache au dommage et non au préjudice. Ainsi, l'exclusion de la personnalité fonctionnelle des droits de la personnalité repose sur une classification fonctionnelle des dommages.

292. Constat préalable : l'inadaptation de typologies descriptives des dommages aux personnes morales. Classiquement, et comme abordé précédemment, les dommages peuvent être classés selon qu'ils constituent des atteintes matérielles, corporelles ou morales[665]. Cette typologie correspond parfaitement aux dommages que peuvent subir les personnes physiques. En revanche, compte tenu de la nature particulière des personnes morales, la division tripartite se muerait en une nouvelle, bipartite cette fois, dans laquelle ne subsisteraient que les dommages matériels et les dommages moraux ou plus exactement immatériels. Une telle répartition essentiellement descriptive semble convenir particulièrement aux personnes physiques, naturellement dépourvues de fonction. Il apparaît cependant que pour ces êtres dotés d'une activité finalisée, sérier leurs dommages de façon descriptive possède relativement peu d'intérêt. Pour cette raison, il convient de se diriger vers une autre classification des atteintes, plus en adéquation avec les spécificités des personnes morales.

293. Proposition d'une classification fonctionnelle des dommages des personnes morales. Une répartition des atteintes basée sur cette assise fonctionnelle s'avérerait des plus judicieuses ou au moins complémentaire de la classification traditionnelle, compte tenu notamment de la nature essentiellement fonctionnelle de ces personnes maintes fois soulignée. Une justification alternative est également possible. Selon la doctrine distinguant les notions de dommage et de préjudice, le dommage se définit notamment comme l'atteinte à l'intégrité « d'une chose, d'une personne, d'une activité ou d'une situation ». Il nécessaire d'établir que l'atteinte « a été portée à un droit ou à un intérêt légitime »[666]. Partant

665 *Cf. supra* n° 258 ; S. ROUXEL, Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français, thèse préc. p. 33 s.

666 F.-P. BÉNOIT, Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité), JCP 1957, I 1351, spéc. n° 12. La distinction a été

du constat que la détermination du caractère patrimonial ou non d'un intérêt ou d'un droit lésé peut se révéler être une tâche complexe, tant les particularités des divers droits subjectifs sont nombreuses, il a été proposé une typologie des droits reposant sur leur finalité économique ou non[667]. La majorité des droits classiquement qualifiés de patrimoniaux seraient des droits évaluables directement en argent ou ayant une valeur pécuniaire[668] et seraient par conséquent transmissibles, cessibles, saisissables et prescriptibles. Les droits extrapatrimoniaux quant à eux posséderaient des caractéristiques inverses[669]. Or, les exceptions relatives à la possession de ces caractères sont nombreuses dans les deux catégories de la *summa divisio* si bien qu'il a pu être soutenu que la « distinction entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux ne constitue pas une classification au sens technique, mais un simple compartimentage doué uniquement d'une valeur dialectique » avant d'ajouter qu'elle ne peut servir d'instrument de systématisation notamment parce que le caractère patrimonial, entendu comme le fait d'être évaluable en argent, était parfaitement étranger aux attributs de certains droits[670]. Ainsi, tel que défini actuellement, le caractère patrimonial relèverait plutôt de considérations de politique juridique « car ce qui est visé n'est pas une valeur vénale positive, mais simplement l'appartenance du droit litigieux à l'ordre des valeurs pécuniaires par opposition à l'ordre des valeurs

---

reprise plusieurs fois en doctrine, V. notamment : F. TERRÉ, *in* Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, spéc. n° 16, p. 83 – P. CATALA, Avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 du Code civil et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 du Code civil) du 22 septembre 2005, disponible sur : *www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf*, spéc. Note subpaginale sous l'article 1343) – F. LEDUC, Faut-t-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue d'un privatiste. Resp. civ. et ass., 2010, dossier n° 3. – S. GUENNAD, Le préjudice moral des personnes morales, thèse, Paris II, 2011, spéc. n° 75 et s.p. 61 et s.

667 O. BOSKOVIC, La patrimonialité des droits, Brèves observations sur une notion fondamentale, R.R.J 2005 p. 1783

668 V. not. J. -L. BERGEL, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1989, spéc. n° 190 ; ou encore V° Droits (classification) par J. MORANGE, *in* Dictionnaire de la culture juridique, PUF, coll. Quadrige 1re éd. 2003, Paris ; J. -L. AUBER, E SAVAUX, Introduction au droit, coll. Université, Sirey 2010, 13ème éd., spéc. p. 216.

669 V. not. P. COURBE et J.-P. BERGÉ, Introduction générale au droit, coll. Mementos, Paris, Dalloz, 12ème éd. 2011., p. 93 et s.

670 F. HAGE-CHAHINE, Essai d'une nouvelle classification des droits privés, RTD civ. 1982, p. 705. spéc. n° 4 p. 707 à 709 : l'auteur vise notamment des considérations d'humanité pour l'incessibilité des créances d'aliments ou l'insaisissabilité des biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de la famille (art 14 4° de la loi du 09 sept. 1991) ou les biens indispensables aux personnes handicapées, 5° de ce même article.

personnelles ou morales »[671]. Pour ces raisons, Mme Boskovic a pu affirmer que la patrimonialité des droits subjectifs ne devait pas reposer, comme l'immense majorité des auteurs le propose, sur le régime juridique du droit en question, mais sur la finalité de celui-ci[672]. Par conséquent, les droits à but économique seraient qualifiés de patrimoniaux tandis que les droits extrapatrimoniaux tendraient à la survie de la personne ou à la sauvegarde de sa dignité. Cette typologie finaliste de la patrimonialité des droits permet de clarifier la distinction et même de modifier la classification habituelle de certains droits subjectifs[673], mais ce n'est pas là son seul intérêt. Rapportée à la distinction entre le dommage et le préjudice, cette classification des droits appelle deux remarques. La première est que s'interroger sur la patrimonialité des droits apparaît antinomique et les deux termes de l'expression doivent être séparés. Le dommage consistant notamment en une atteinte à un droit, le droit doit par conséquent être rattaché dans la chaîne de responsabilité au niveau du dommage. En revanche selon l'opinion de Mme Rouxel[674], la patrimonialité se rattacherait au préjudice. Par conséquent, l'expression de « patrimonialité des droits » apparaît comme un contresens. La seconde remarque joue en faveur, non de la typologie en elle-même, mais du fondement finaliste de la classification des droits proposée par Mme Boskovic dans son raisonnement. Les atteintes aux droits peuvent être sériées selon la finalité de ceux-ci, mais il n'est pas question de la finalité économique qui relèverait du préjudice. Il convient par suite de s'en remettre aux caractéristiques du sujet de droit. Les personnes morales étant des êtres possédant une activité finalisée, la classification les atteintes aux droits des personnes morales ne saurait être effectuée qu'en référence à la personnalité fonctionnelle[675]. Ainsi, les dommages doivent être regroupés en fonction de leur résonance avec la finalité, la fonction de la personne morale, en un mot, en fonction de leur objet statutaire,

671 O. BOSKOVIC, art. préc., spéc. n° 7.

672 Ce critère finaliste de la patrimonialité des droits est loin d'être nouveau mais a été trop longtemps laissé de côté. Il a été proposé originellement par Nerson à titre complémentaire du caractère évaluable aujourd'hui classiquement retenu. R. NERSON, Les droits extrapatrimoniaux, thèse Lyon 1939, p. 8 n° 3.

673 O. BOSKOVIC, art. préc. n° 20 et s.

674 Thèse précité, p. 46 et s.

675 *Cf. supra* n° 144.

second échelon de la gradation de l'activité finalisée[676]. La personnalité professionnelle étant partie intégrante de la personnalité fonctionnelle, la classification fonctionnelle des dommages peut notamment être opérée par la recherche d'un rapport direct avec l'activité professionnelle de la personne morale. En cas d'une telle existence, le dommage à la personnalité serait exclu.

294. Une typologie des dommages confortée par la jurisprudence. Il convient d'ajouter que la valeur de la typologie proposée n'est pas purement théorique, elle peut également posséder une utilité pratique. Parfois, et bien qu'il ne soit pas exprimé, le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle joue un rôle de qualification du ou des faits constituant un dommage. Certaines solutions jurisprudentielles usent d'une typologie fonctionnelle du dommage afin de qualifier les atteintes, de déterminer le fondement de l'action et finalement, de dire le droit. C'est le cas notamment lorsqu'il y a concours entre le fondement de la concurrence déloyale et les droits de la personnalité[677]. Ainsi, les dommages consistant dans des atteintes à l'objet de l'activité professionnelle constituent des dommages professionnels. Ceux-ci relèvent de la personnalité professionnelle, dénommée par Mme Dumoulin : « personnalité fonctionnelle »[678]. La protection de l'activité professionnelle par les droits de la personnalité se trouve par conséquent exclue. Par opposition, les dommages dépourvus de rapport direct avec l'activité professionnelle de la personne morale relèvent des dommages non-professionnels, comprenant notamment les atteintes aux droits de la personnalité.

295. Les droits de la personnalité, archétypes des atteintes non-professionnelles. Bien qu'elles ne soient pas les seules à pouvoir être recensées[679], les atteintes aux droits de la personnalité des personnes morales constituent les dommages non-professionnels types en ce qu'elles se trouvent dépourvues de rapport direct avec l'activité finalisée de la personne morale,

---

676 *Cf. supra* n° 141.

677 *Cf. infra* n° 352 et s., 355 et s.

678 L. DUMOULIN, Droits de la personnalité des personnes morales, art. préc. n° 34 p. 21.

679 La CEDH a admis la réparation du dommage constitué par la violation par un État du droit à un jugement dans un délai raisonnable : CEDH 06 avril 2000 Comingersoll SA c/ Portugal, JCP E 2001 p. 797, obs. E. GARAUD.

activité entendue dans sa dimension dynamique. Aussi la typologie fondée sur un tel critère peut être utilisée à l'égard d'autres dommages afin de déterminer s'ils relèvent de la personnalité non-professionnelle et notamment des droits de la personnalité[680]. Il en va ainsi de l'usurpation de la dénomination d'une personne morale. Elle revêt un caractère de dommage non-professionnel du seul fait que la dénomination constitue un élément participant de la construction du sujet de droit. L'usurpation de la dénomination a donc trait à la fonction d'identification d'une activité professionnelle dans sa dimension statique au travers de la personne morale et non à cette activité dans sa dimension dynamique. La dénomination sociale constitue donc un signe, ou même un attribut de la personnalité de la personne morale[681] sur lequel vient s'agréger notamment la personnalité sociale et doit être à ce titre protégée des usurpations et du risque de confusion qui en découle. Cela est conforté par le fait que la protection est accordée à tous les types de personnes morales[682]. À cette dimension non-professionnelle de la protection peut s'en ajouter une, professionnelle cette fois-ci, lorsque par exemple la dénomination sociale constitue de surcroît un nom commercial, une enseigne ou une marque du fait de l'existence en pareils cas d'un lien direct avec l'activité professionnelle de la personne morale[683]. Il n'y a par conséquent pas de lien avec la personnalité sociale[684].

296. Ainsi, persévérant dans la démarche autonome modifiée, il conviendrait d'adopter une classification des dommages appuyée sur leur caractère professionnel ou non. Le critère en serait alors tout naturellement la recherche de l'existence d'un rapport direct du dommage avec l'activité professionnelle de la personne morale.

---

680 Il convient de préciser que ce critère s'avère incapable de distinguer les différentes facettes relevant de la personnalité non-professionnelle.

681 Non sans parallèle avec la situation des personnes physiques : V. notamment M. Germain, traité de droit commercial de G. RIPERT et R. ROBLOT, avec le concours de V. MAGNIER, t. I, vol. 2, 19ème éd. Paris, LGDJ 2009, spéc. p. 122 n° 1143. ou H. MARTRON : thèse préc. spéc. p. 172 s. n° 139 s.

682 Sur ce point V. C. MARIE, J. -Cl. Civil Annexes, Fasc. 55 : Nom – usage et protection du nom, 2004, spéc. n° 82 s.

683 *Idem.*

684 *Cf. infra* n° 354.

Section II
La détermination autonome du substrat de la protection des personnes morales.

297. L'activité de la personne morale nécessite de prendre appui sur une structure, une organisation qui va servir à dégager, par son fonctionnement, la volonté propre de l'être moral. Aussi a-t-on pu écrire, finalement dans la lignée de Michoud, que « l'organisation de la personne morale n'est que le moyen de supporter l'activité de celle-ci et elle doit permettre d'atteindre l'objectif que ses fondateurs et membres se sont fixés »[685]. En dépit des doutes sur l'existence-même d'un substrat des personnes morales[686], il en résulte que cette organisation est la particule élémentaire de la personnalité non-fonctionnelle, son substrat. Cependant, il convient de constater le caractère partiel de la définition analogique du substrat (§ 1). C'est pourquoi, il convient de lui préférer une définition autonome mettant en valeur les diverses fonctions de l'organisation (§ 2).

§ 1 – L'incomplétude d'une définition analogique du substrat.

298. Exposé de la détermination analogique du substrat. Les derniers travaux consacrés aux droits de la personnalité des personnes morales relatent fort bien les soubassements philosophiques hérités de l'histoire. Il en résulte que selon la méthode analogique, la personnalité protégée au titre des droits de la personnalité en est bien évidemment l'héritière[687]. C'est ainsi que dans le cas des personnes physiques, historiquement les premières à bénéficier de tels droits, la personnalité protégée est de nature purement psychologique[688]. Les définitions sont multiples

685 L. DUMOULIN, art. préc., note n° 85.
686 J.-Ch. SAINT-PAU, (ss. dir.), Droits de la personnalité, Paris, Lexisnexis, 2013, spéc. n° 158, note subpaginale n° 296 p. 92.
687 V. récemment, H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, thèse préc., spéc. n° 43 et s.
688 mais des doutes peuvent apparaître suivant l'intégration ou non des faux droits de la

et mettent toutes l'accent sur ce qui est essentiel à la personne humaine : son individualité, ce qui la différencie de ses semblables[689]. Pour Mme Luciani, la personnalité dont il est question impose la faculté de percevoir sa propre personnalité[690], ce qui n'est évidemment pas le cas des personnes morales. À s'en tenir à cette optique psychologique, les personnes morales doivent par conséquent être exclues des protections de la personnalité[691]. Il a alors été proposé de départir cette définition de son caractère psychologique trop proprement humain et de lui attacher une dimension purement sociale qui la rendrait alors compatible avec les personnes morales[692]. Il s'agit ici de la personnalité sociale. Sur cette base, Mme Martron a fait l'effort de déterminer un « substrat », une réalité sur laquelle repose la personne morale et qui doit être protégée au titre des droits de la personnalité. Elle a effectué une synthèse entre les différentes conceptions contemporaines de la personnalité morale. Pour cet auteur, le substrat d'une personne morale consiste en une réalité sociologique, organisation de fait, affectant des moyens à l'activité finalisée, c'est-à-dire à l'intérêt qui fonde son existence[693]. Ainsi, « comme les personnes physiques reposent sur une réalité physique et psychologique, les personnes morales se fondent donc sur une réalité sociologique et souvent économique. La reconnaissance de droits de la personnalité aux personnes morales est donc concevable pour protéger ce qui fait leur essence, elle est même nécessaire »[694]. En ce sens, elle a pris notamment le contrepied de la conception technique ou

---

personnalité (P. KAYSER, Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, RTD civ. 1971 p. 445, spéc. n° 9 et s) relatifs au corps humain tels que la protection de son intégrité ou le droit à la vie (V° Personnalité (droits de la -) dans le Vocabulaire juridique).

689 Par exemple : La personnalité est « l'ensemble des attributs de la personne humaine, qui sont son essence même, qui font qu'elle est elle-même et non pas une autre » (J. MESTRE, La protection, indépendante du droit de réponse des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, JCP G 1974, I 2623). rappr. R. NERSON, De la protection de la personnalité en droit privé français, Travaux Capitant XIII, journées de Madrid, p. 61.

690 A. -M. LUCIANI, Les droits de la personnalité, du droit interne au droit international privé, thèse Paris I, 1996, n° 42 p. 39, cité *in* H. MARTRON, thèse préc. n° 52, p. 86.

691 H. MARTRON, thèse préc. n° 50 et s.

692 F. PETIT, Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales, D. Aff. 1998, p. 826.

693 H. MARTRON, thèse préc. spéc. n° 63, p. 97.

694 *Idem*, p. 98.

« utilitariste »[695] du Professeur Paillusseau pour qui la personne morale n'est qu'un instrument de technique juridique répondant à un besoin d'organisation juridique, en somme une simple abstraction[696].

299. Une définition du substrat nébuleuse. Talentueuse, la démarche aurait néanmoins pu être encore plus audacieuse et il apparaît regrettable que le raisonnement aboutisse finalement au rejet sans appel d'une conception autonome des droits de la personnalité des personnes morales[697]. L'analyse ci-dessus présentée doit pourtant être approuvée en plusieurs points comme l'éviction de toute dimension psychologique de la définition de la personnalité apte à être protégée ou encore la recherche de l'existence d'un substrat. Il n'échappe cependant pas que d'autres aspects apparaissent moins clairs et notamment la définition du substrat sur lequel repose la personnalité méritant protection. En réunissant les différents critères de la théorie de la réalité technique et de la conception technique de la personnalité morale, la démonstration conduit à considérer que pour les personnes morales, la définition de la personnalité protégée repose sur un substrat qui n'est autre que... la personnalité morale.

300. Remise en perspective appelant le complément de la définition du substrat. Afin de lever les incertitudes dans la recherche du substrat sur lequel repose la personnalité protégée, il convient d'effectuer une remise en perspective sur la base de la distinction entre le dommage et le préjudice. Si l'on adopte la distinction entre dommage et préjudice, l'atteinte aux droits de la personnalité porte nécessairement sur le substrat[698], lequel consiste, bien plus simplement que ce qui est affirmé par Mme Martron, dans l'organisation de la personne morale. Cependant, le terme d'organisation possède plusieurs significations et s'attacher à ces différents sens va souligner l'insuffisance d'une détermination analogique du substrat.

---

695 Ainsi qualifiée par : N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie, bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 2004, p. 199 s.

696 J. PAILLUSSAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705, spéc. p. 713 n° 20.

697 H. MARTRON, *op. cit.*, spéc. n° 123 et s. p.153 et s.

698 À l'inverse des atteintes professionnelles : *cf. infra* n° 396.

§ 2 – L'organisation de la personne morale comme substrat de la protection.

301. La personne morale, sujet de droit construit. La personnalité des personnes morales est originale si on la compare à celle des personnes physiques en ce que n'étant pas d'appréhension immédiate, elle nécessite par opposition de construire le sujet de droit lui-même[699] et d'en assurer le fonctionnement. Ce n'est pas faire preuve d'anthropomorphisme que de considérer qu'à l'image de l'homme et de sa bipédie qui impose de posséder une jambe droite et une jambe gauche pour se tenir debout et se mouvoir, la personne morale a besoin de deux pôles pour pouvoir fonctionner, l'un axé sur son activité et l'autre sur son organisation (A). Cependant, en se concentrant sur l'organisation, il peut être constaté qu'elle possède deux fonctions. L'objectif de construction du sujet va mettre en avant la première des fonctions de l'organisation qui est d'assurer le fonctionnement interne, institutionnel de la personne morale (B). La seconde fonction va permettre l'opposabilité de l'être artificiel aux tiers (C).

A – La personne morale, organisation juridique.

302. « Le droit est aussi une science d'organisation[700] ». Pour M. Paillusseau, il doit être considéré non plus selon une approche technicienne pouvant dériver vers une forme « autistique » coupée des réalités à tel point que celles-ci devraient se calquer sur celui-là, mais comme un élément s'inscrivant dans une opération plus large, une organisation imposant de déterminer notamment les besoins, contraintes, buts, objectifs, etc. Quelle autre situation que la création d'une personne morale s'inscrit-elle le plus dans la démarche rationnelle décrite par le Professeur Paillusseau ? C'est d'ailleurs ce qu'il démontrera dans un article ultérieur[701]. La personne morale est donc une organisation.

---

699 G. GOUBEAUX, Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens, *in* Aspects actuels du droit commercial français, Études offertes à René Roblot, LGDJ, Paris, 1984, p. 199, spéc. N° 9, p. 205.

700 J. PAILLUSSEAU, Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques), RTD com. 1989, p. 1.

701 J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705.

303. Polysémie du terme « organisation », mécanisme et organisme. Il ne faut pas négliger les difficultés liées à l'emploi du terme d'organisation. Il désigne en fait plusieurs réalités et est caractérisé par sa polysémie, ce qui est particulièrement bien mis en évidence par la distinction entre les organisations dotées de la personnalité morale et celles qui en sont dépourvues. Il existe en effet plusieurs types d'organisations lesquels peuvent être dénommés mécanismes et organismes. Le premier type, tel l'indivision ou encore les modes d'organisation de la « vie commune », organise une situation sans être doté de la personnalité morale. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que la personne morale ne peut être également considérée comme une organisation. C'est donc qu'en premier lieu, est désigné par « organisation », un agencement de règles réunies dans un but. Dans cette acception, l'organisation peut être désignée par le terme de mécanisme[702]. Toutefois ce vocable d'organisation peut prendre un second sens issu de cet agencement finalisé de règles. L'organisation permet d'autonomiser[703] ou de rendre opposable[704] aux tiers une activité par l'avènement d'un sujet de droit nouveau et artificiel. Le terme désigne alors un organisme. Prenons pour exemples l'indivision et la société autre qu'en participation. Toutes deux sont des mécanismes organisant une situation, notamment dans le cas de la société, l'organisation permet de réglementer les relations entre les membres, leurs droits, la répartition des pouvoirs entre les organes de manière à dégager des décisions influençant l'activité elle-même. Cependant la société, tout en possédant ce caractère, se trouve de surcroît être un organisme autonome et opposable du fait qu'elle possède la personnalité morale. Il en va de même des associations déclarées. Ainsi, toutes les personnes morales sont des organisations complètes à la fois mécanismes et organismes.

---

702 Le terme mécanisme n'est pas employé ici au sens de procédé technique comme lorsque Jhering écrit que : « Cet être juridique n'est en réalité qu'un masque ; il est le mécanisme qui sert de véhicule aux relations de la communauté avec l'extérieur », *in* L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. de la 3ème éd. par O DE MEULANAERE, 2ème éd. Paris, Maresq, 1878, t. IV, p. 214. Il peut être relevé que cet auteur fait en réalité référence à l'organisme.

703 J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, art. préc.

704 G. WICKER, Les fictions juridiques, thèse préc. Cet auteur émet l'opinion que la personne morale rend opposable aux tiers le groupement. Il a été cependant démontré que le groupement n'était en rien lié à l'existence d'une personne morale.

304. La personne morale, organisation juridique. En tant que technique juridique, la personnalité morale a une double fonction. Par conséquent, il peut être affirmé que la personne morale se trouve être sans nul doute la représentation d'organisation juridique la plus aboutie et la plus simple à appréhender à laquelle le droit peut donner lieu. Cette dimension organisationnelle de la personne morale et l'unité qui s'en dégage ressortent particulièrement dans ses deux acceptions du contenu-même de l'acte juridique qui en est l'origine. On y trouve une finalité, un objet, divers organes investis de différents pouvoirs, des éléments d'identification, etc. C'est pourquoi il peut être considéré que l'acte fondant la personne morale n'est rien d'autre qu'une formalisation, une concrétisation de la méthode organisationnelle décrite par M. Paillusseau[705]. La personne morale est donc pleinement une organisation juridique, une structure, mais pour en avoir une vision la plus complète possible, sa dimension organisationnelle doit être déterminée relativement à ses deux fonctions.

B – Le mécanisme, substrat de la personnalité organisationnelle.

305. La personnalité organisationnelle, un mécanisme. L'organisation peut être entendue tout d'abord selon sa première fonction qui consiste à déterminer les procédures et les compétences internes à la personne morale[706] et ainsi dégager des décisions lui permettant d'agir par l'exercice de son activité[707]. Cette fonction est énoncée dans son acte constitutif, quel qu'en soit la forme ou la nature[708], lequel est parfois complété d'un règlement intérieur. Elle comprend notamment les règles de répartition des pouvoirs entre ce que l'on désigne par « organes », des règles de vote au sein de ces organes ou encore des règles de contrôle. Toutes

705 Art. préc.

706 N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, thèse, Paris II, n° 614 cité par N. BARUCHEL *op. cit.* spéc. n° 410, p. 232.

707 Nous utilisons le terme de décision et non celui de volonté de la personne morale, car il nous paraît relever d'un anthropomorphisme mal venu compte tenu du caractère artificiel de ce sujet de droit.

708 La nature contractuelle ou d'acte unilatéral individuel ou conjonctif nous importe peu. Le principal étant que l'acte constitutif pose des normes. Pour un exposé de ces questions : G. WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit, *in* Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Paris, Litec 2009 p. 691,

ces dispositions visent la construction, le fonctionnement ainsi que la prise de décision de la personne morale afin qu'elle soit en capacité de remplir sa fonction principale, l'exercice de son activité finalisée. Les personnes morales ne sont donc pas seulement des êtres finalisés par leur activité, elles constituent également des êtres organisés. Elles sont créées pour fonctionner, pas seulement du point de vue de leur activité finalisée, mais aussi de manière interne. Ainsi, ce substrat possède la particularité de tendre à la constitution de l'être moral et en même temps d'un ordre juridique partiel.

306. Le mécanisme, ordre juridique partiel[709]. L'ensemble de ces règles peut être regroupé en un système, un mécanisme et le pacte social peut être considéré comme un contrat-organisation[710], qui « constitue la loi commune applicable à chaque associé[711] ». Sans entrer dans l'institutionnalisme italien porté par Santi Romano[712], on peut se borner à constater que la personne morale est le lieu d'un ordre normatif partiel[713] dont l'acte fondateur serait selon l'expression de Kelsen, comme sa « Constitution »[714]. De cet acte et des normes juridiques qui y sont édictées, vont donc découler, selon un rapport hiérarchique[715], d'autres actes porteurs de normes qui pourront être, soit des règlements intérieurs, soit des actes passés avec des tiers à la personne morale comme des pactes d'actionnaires lorsque la personne morale y est partie. Cette hiérarchie des

709 H. KELSEN,Théorie pure du droit, Coll. La pensée juridique, Paris, LGDJ, [Bruxelles], Bruylant, 1999, p. 321 et s.

710 P. DIDIER, Le consentement sans l'échange : le contrat de société, RJ com. 1995, p. 75 ; Brèves notes sur le contrat organisation, *in* L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré, Paris, Dalloz, 1999, p. 635 s, spéc. p. 637. Le contrat-organisation « institue une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe », les deux parties ont en principe des intérêts convergents et ces contrats ont le plus souvent pour objet l'exercice d'une activité qui se traduit en fait par la conclusion de nombreux contrats-échanges. Ces derniers s'opposent aux premiers en ce qu'ils ont pour objet une permutation de biens entre les parties A et B, leurs intérêts divergents et le contrat se résume à un « jeu à somme nulle » (p. 636).

711 B. OPPETIT, Les rapports des personnes morales et de leurs membres, thèse, Paris, 1963, cité par G Wicker, art. préc. n° 38.

712 SANTI ROMANO s'est fait le chantre du pluralisme des ordres juridiques. V° Ordre juridique par C. LEBEN, *in* Dictionnaire de la culture juridique, ss. dir. D. ALLAND et S. RIALS.

713 G. WICKER, art. préc. p. 719.

714 H. KELSEN, Théorie pure du droit, préc. spéc. p. 177.

715 L. CHARBONNEL, La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat, thèse, Avignon, 2010, p. 114 et s.

normes est la traduction d'un ordre juridique partiel, conventionnel ou unilatéral qui doit néanmoins être conforme aux ordres juridiques qui lui sont supérieurs, étatiques ou européens. Ainsi l'acte fondateur d'une personne morale doit être conforme à la loi qui se trouve *de facto* intégrée, en tant que norme de référence, à l'ordre juridique partiel qui en découle. Tantôt cette loi sera très complète et l'acte originaire n'exprimera que des choix entre différentes formes proposées par la loi comme dans le choix pour la société anonyme entre la forme avec directoire ou celle avec conseil d'administration. L'ordre juridique se verra alors imposer une grande partie de ses normes par une norme hiérarchiquement supérieure. Tantôt, le caractère contractuel de la personne morale sera plus affirmé et sera démontré par une grande latitude laissée aux membres dans la rédaction de l'acte, comme pour l'association.

307. Exclusion des règles relatives à l'obligation aux dettes. On pourrait être tenté de faire entrer dans la personnalité non-fonctionnelle les règles relatives à l'obligation aux dettes sociales des membres des personnes morales. Cette idée est intéressante, mais si on peut évidement considérer que ce régime, résultant de la forme de la personne morale pour les sociétés, procède d'une volonté d'organiser, de prévoir certaines difficultés de l'être moral avec ses créanciers et les protéger[716], il apparaît néanmoins que ces règles sont très éloignées de la personnalité organisationnelle. En effet, la personnalité organisationnelle a pour fonction la création et le fonctionnement du sujet de droit, alors que les règles de responsabilité, limité ou non, si elles renseignent sur la consistance, la densité de la personne morale ne participent aucunement à ces fonctions.

308. À côté du mécanisme, substrat de la personnalité organisationnelle, l'autre acception de l'organisation se rapporte à la qualité de personne, à la représentation extérieure du masque du sujet de droit individualisé au sein de la société.

716 J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne...,art. préc., spéc. n° 67.

C – L'organisme, substrat de la personnalité sociale.

309. Fonction de l'organisme : individualiser et rendre opposable. Considérée comme un organisme, la personne morale doit être techniquement autonome pour pouvoir être juridiquement opposable aux tiers. En plus de la nécessité de dégager des décisions autorisant l'exercice d'une activité finalisée, la personne morale doit recevoir certains caractères propres à la qualité de sujet de droit et qui ont pour fonction de l'individualiser.

310. Une fonction connue du droit français. Cette idée a été défendue avec verve par le Professeur Wicker dans sa thèse consacrée aux fictions juridiques. Il y a considéré que la personnalité morale n'est en fait qu'une expression de l'opposabilité du groupement. Pour cela, il a émis l'opinion que l'existence du groupement devait être distinguée de son opposabilité. En raisonnant sur la société avant d'étendre sa démonstration aux autres personnes morales, l'auteur établit qu'indépendamment des mesures de publicité, la société est constituée et efficace entre ses membres dès l'échange des consentements[717]. Il opère ainsi une dissociation entre société et personne morale. Sans l'accomplissement des prescriptions de publicité légale, « la société ne peut réaliser ses effets dans l'ordre externe », dès lors « l'immatriculation, et par conséquent la personnalité morale, ne peuvent donc être considérées comme la source des effets externes de la société ; elles ne font qu'en conditionner la réalisation »[718]. Cependant, cette idée était en germe de longue date. Ainsi, il cite également une formule issue d'un ancien arrêt : « la publicité peut seule imprimer à la société le caractère d'un corps social ayant un patrimoine distinct affecté au paiement des dettes sociales »[719]. Elle a même été exprimée, moins clairement il est vrai, par Baudry-Lacantinerie et Wahl dans le cadre de la controverse portant sur la personnalité des sociétés civiles. Ils ont affirmé en effet que « la loi n'a pas voulu admettre l'existence des sociétés commerciales sans la subordonner à des formalités dont le but est de les

717 G. WICKER, *op. cit.* n° 230 et s.
718 G. WICKER, *op. cit.*, spéc. n° 233.
719 Civ. 30 avr. 1900, S. 1902, 1, 9, cité *in* G. Wicker, *op. cit.* p. 223 note n° 138.

révéler aux tiers »[720]; avant de poursuivre : « la personnalité ne se comprend que pour les sociétés dont l'existence est révélée aux tiers par des formalités spéciales »[721]. L'existence de la personne n'est donc que révélée aux tiers par la publicité, la personne n'est pas créée par elle. Cependant, à cette période certaines sociétés civiles par leur objet constituaient déjà des personnes morales compte tenu de leur forme commerciale[722].

311. L'organisme, moyen d'autonomie pour l'être moral. La personnalité morale, technique de création et d'organisation d'un sujet de droit, a pour seule fonction de permettre au groupement d'agir de façon autonome[723]. Pour être réellement efficace, cette autonomie doit être portée à la connaissance des tiers par les mesures de publicité des personnes morales et dans ce but, le sujet artificiel doit être identifiable en tant qu'entité indépendante, en tant qu'organisme. C'est pourquoi toute personne morale, doit se voir attribuer une dénomination, une nationalité ainsi qu'un domicile. Il peut pareillement être considéré que l'objet, la forme et la finalité de la personne morale peuvent concourir à son identification[724]. Il s'agit là d'autant d'éléments qui vont se retrouver dans les actes qui font figure d'actes de naissance des êtres moraux et qui vont en officialiser l'existence aux yeux des tiers. En effet, on peut difficilement considérer une activité comme autonome si elle ne jouit pas d'attributs l'autorisant à être exercée de la sorte. Ces attributs et ces formalités vont de plus sécuriser les tiers et les encourager à traiter directement avec cette entité. Pour cette raison, en matière de sociétés, cette identification va jusqu'à régir en partie la dénomination sociale imposant que celle-ci soit précédée ou suivie de la mention de la forme sociale[725]. À cette

720 G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, Traité théorique et pratique de droit civil, De la société, du prêt, du dépôt, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1898, spéc. p. 14.

721 G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *op. cit.* p. 15.

722 Les auteurs admettent que, dès avant la loi du 1er août 1893 qui la consacre expressément, la jurisprudence avait fait sienne cette solution. spéc. n° 12 bis.

723 G. WICKER, Personne morale *in* Rep. civ. Dalloz, spéc. n° 23.

724 L. DUMOULIN dans son article précité semble aller dans ce sens et va même jusqu'à y inclure le caractère moniste ou dualiste d'une société anonyme, et plus généralement tout ce qui relève de l'organisation de l'être artificiel et qui le singularise notamment par la matérialisation des choix des membres. spéc. n° 33.

725 Pour les sociétés en commandite simple, art. L. 222-3 du Code de commerce, pour les SARL, art. L. 223-1 al. 4 du même code, pour les SNC, art. L. 221-2 dudit Code. Pour les sociétés

mention de la forme vient s'ajouter pour les sociétés par action et à responsabilité limitée, celle du capital social[726]. Pour les sociétés civiles professionnelles, la dénomination sociale, appelée « raison sociale », doit comporter les noms, qualifications et titres professionnels de tous les associés ou être suivis des mots « et autres »[727]. Pour les associations déclarées, la dénomination est en revanche libre[728]. Ensuite, ces différents éléments d'identification doivent être portés à la connaissance des tiers par déclaration auprès des autorités, au greffe du tribunal de commerce pour les sociétés et aux autorités préfectorales pour les associations, et suivis d'une insertion dans un organe officiel de presse[729], Bulletin des annonces civiles et commerciales pour les premières et Journal officiel pour les secondes[730].

312. D'une manière plus large que la dénomination des êtres moraux, c'est par cette fonction d'individualisation et d'opposabilité qu'on peut considérer, l'organisation comme une partie du substrat sur lequel va pouvoir prendre racine la réalité sociologique de la personne morale.

Conclusion du chapitre II.

313. La méthode autonome de détermination des droits de la personnalité des personnes morales prend en compte les éléments constitutifs des personnes morales. Ce faisant, elle prive de tout référentiel et constitue par conséquent une source de profondes interrogations. Il nous est apparu néanmoins clair que les

---

d'exercice libéral, art. 2 loi du 31 déc. 1990.

726 Art. L. 223-1 et L. 224-1 du Code de commerce.

727 Art. 8 de la loi du 29 nov. 1966.

728 Sous réserve d'éviter les risques de confusion et de ne pas violer l'originalité de la dénomination d'une autre personne morale.

729 Art. R. 123-53 et R. 123-156 du Code de commerce.

730 Art. 5 de la loi du 1er juil. 1901.

droits de la personnalité ne pouvaient protéger tout ce qui possède un rapport, direct ou non, avec l'activité de la personne morale. Ainsi, le substrat de la personnalité protégée prend appui sur le second élément constitutif de la personne morale, l'organisation. Cependant, compte tenu de la polysémie de ce terme, l'organisation est une source de protection double de la personnalité des personnes morales. Celle-ci doit être défendue au travers de la notion de personnalité organisationnelle ainsi que de celle de personnalité sociale.

Conclusion du titre I.

314. Compte tenu des spécificités des personnes morales, la méthode de détermination de leurs droits de la personnalité ne peut résider dans une démarche analogique. Bien que confortable et rassurante, elle ne reflète pas la réalité. En effet il est admis aujourd'hui que les personnes morales puissent subir un préjudice autonome à la fois à l'égard du préjudice économique et du préjudice moral. Cette méthode présente de plus des effets néfastes comme la mutation des notions pouvant aboutir comme dans le cas de la vie privée à des contradictions et dénaturations rédhibitoires. Il est par conséquent apparu plus judicieux de l'écarter au profit d'un raisonnement fondé sur une démarche autonome. Cependant si une telle méthodologie s'avère plus apte à déterminer les droits de la personnalité des personnes morales, il n'en demeure pas moins qu'elle est source d'incertitudes mettant l'intelligence dans une situation ambivalente. À la fois libéré, mais également placé dans le relatif inconfort de l'inconnu, le raisonnement doit être plus précis que dans l'analogie. La détermination du substrat des personnalités se situe dans cette voie étroite mais à la fois plus complète car elle permet de prendre en considération l'élément qui fait l'originalité

des personnes morales par rapport à leur modèle analogique physique. Comme la sémantique l'autorise, l'organisation peut être prise pleinement en considération dans sa double dimension d'organisme et de mécanisme. Elle est alors pleinement support de la personnalité non-fonctionnelle, comprenant la personnalité organisationnelle et la personnalité sociale et interne. La protection de ces deux composantes de la personnalité non-fonctionnelle doit être a présent détaillée.

Titre II

Les droits de la personnalité des personnes morales.

315. Annonce de plan. La question des droits de la personnalité des personnes morales impose de nouveaux défis aux juristes. Le premier, nous l'avons exposé, a consisté à changer le « code source » du schéma de réflexion sur la question. Consécutivement aux considérations méthodologiques, il convient naturellement d'éprouver la démarche autonome afin de déterminer les atteintes à leur personnalité particulière que les personnes morales pourraient subir (chapitre I). La suite logique sera une tentative de détermination des préjudices extrapatrimoniaux endurés par ces êtres (chapitre II).

Chapitre I

Les atteintes aux droits de la personnalité des personnes morales.

316. La personne morale entre deux mondes. Le terme « personne » provient du latin « persona » qui dérive d'un mot étrusque désignant le « masque de théâtre »[731]. La personne morale est l'illustration parfaite de cette étymologie. En effet, le masque de théâtre a pour fonction d'offrir une image à l'extérieur tout en dissimulant la réalité de l'intérieur, ce qui est au fond une fonction secondaire de la simple porte. Ainsi, tel le dieu romain Janus[732], la personne morale est tournée à la fois vers l'extérieur et vers l'intérieur sans être de manière exclusive ni de l'une ni de l'autre des deux dimensions. Elle se trouve en effet entre l'une et l'autre et renvoi aux deux espaces une image différente. La personne morale est par

731 O. BLOCH, W. VON WARTBURG, Dictionnaire étymologique de la langue française, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2002.

732 Notamment dieu protégeant le passage des seuils des maisons dans la mythologie latine et représenté avec deux visages, l'un tourné vers l'extérieur, l'autre vers l'intérieur.

conséquent, tel un masque, représentation d'une réalité vis-à-vis des tiers et une protection des membres contre leurs intrusions. Mais dans le même temps, la personne morale est également, un ordre juridique partiel.

317. Annonce de plan. La personnalité non-fonctionnelle peut être définie quant à elle comme la catégorie résiduelle de la personnalité des personnes morales opposée à la personnalité fonctionnelle. Elle concerne tout ce qui se trouve, non plus seulement en rapport indirect avec l'activité professionnelle de la personne morale, mais en rapport lointain. La personnalité non-fonctionnelle comprend donc tout ce qui touche à l'organisation de la personne morale, c'est-à-dire le masque lui-même (Section I) ainsi qu'à sa personnalité sociale, c'est-à-dire les deux espaces intérieurs et extérieurs (Section II). C'est elle qui sera susceptible de subir des atteintes relevant des droits de la personnalité.

Section I
L'éventualité d'une protection de la personnalité organisationnelle.

318. La personnalité organisationnelle a pour support le mécanisme. Une protection de celle-ci paraît envisageable. En effet, le mécanisme de la personne morale implique par lui-même un principe de bon fonctionnement (§1). Cependant cette protection possède une double nature (§2).

§ 1 – La protection de la part organisationnelle des personnes morales par un principe de bon fonctionnement.

319. Constat. Les êtres moraux ont pour particularité d'être non seulement

finalisés, mais également organisés. Il semble qu'un principe innerve l'ensemble du droit des personnes morales. Bien qu'elles puissent être mises en sommeil, les personnes morales sont en effet constituées dans le seul but de fonctionner à la fois du point de vue de leur activité, mais également institutionnellement. Ce fonctionnement interne des personnes morales est grandement réglementé que ce soit par la loi, leur acte fondateur ou même la jurisprudence. En prenant de la hauteur, on peut remarquer qu'il semble exister un principe de bon fonctionnement de l'être organisé, certains auteurs ont évoqué un fonctionnement efficace et normal de la structure[733] dont la mise en œuvre s'effectue par toute une gamme de mesures très diversifiées. Certaines permettent en amont d'éviter l'apparition de blocages, alors que d'autres permettent en aval leur résolution. Ainsi parmi ces règles l'une d'elles paraît la plus évidente : la règle de l'adoption de décisions à la majorité dans les assemblées et non de l'unanimité source de difficultés. On peut également citer les règles de responsabilité concernant les abus de majorité, de minorité ou d'égalité, la nomination de mandataires *ad hoc* dans ces derniers cas d'abus. Enfin, il est permis d'évoquer la dissolution pour justes motifs de l'article 1844-7 5° du Code civil, en cas de mésentente des associés paralysant le fonctionnement de la société. Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples. Ce principe est suffisamment évident et logique pour être évoqué plus longuement.

320. Force du principe : l'application du droit des sociétés à d'autres types de personnes morales. Ce principe est doté d'une force telle que dans certaines situations, la Haute juridiction « choisit »[734] d'importer une règle ayant originellement vocation à s'appliquer à un autre type de personnes morales. Pour combler une lacune, la Cour de cassation peut être amenée à appliquer des textes de droit des sociétés à des personnes morales possédant une autre finalité que le partage des bénéfices ou la réalisation d'économies. Cela a été le cas à plusieurs reprises pour les associations qui se sont vues appliquer des règles de droit des

733 J. SCHAPIRA, L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, RTD com. 1971, p. 957, spéc. n° 7 p. 961.

734 Les guillemets s'imposent en raison de l'interdiction du déni de justice de l'article 4 du Code civil qui laisse présumer que l'ordre juridique de la République est complet.

sociétés commerciales, notamment en matière d'ordre du jour de l'assemblée générale[735], ou de pouvoirs du président d'une association[736]. Les tentatives d'explication de ces solutions ne paraissent pas satisfaisantes. Certains auteurs ont proposé que le droit des sociétés soit perçu comme un droit commun des personnes morales[737]. D'autres ont démontré que cette proposition n'est pas judicieuse étant donné qu'il ne saurait exister, outre la différence de nature existant en principe entre le droit des associations et le droit des sociétés commerciales, de relation « d'ordre vertical » entre ces deux droits[738]. En effet, dans le silence du droit à connotation contractuelle qu'est la lacunaire loi de 1901, le caractère institutionnel des règles du droit des sociétés commerciales serait un obstacle à une sorte de subsidiarité de celui-ci[739]. Une autre explication semble mieux témoigner de la puissance du principe de bon fonctionnement des personnes morales.

321. Porosité des ordres juridiques partiels sous l'influence de la nécessité d'un bon fonctionnement de l'organisation-mécanisme. Raisonner sur la base d'ordres juridiques partiels permet de remédier aux difficultés par une analogie entre deux ordres juridiques. Les personnes morales sont des mécanismes et constituent des ordres juridiques partiels. Ceux-ci sont en principe séparés, il en existe un par catégorie de personne morale. Mais des impératifs peuvent venir perturber leur cloisonnement, notamment lorsqu'il s'agit d'en assurer le bon fonctionnement institutionnel. À l'appui de la jurisprudence ci-dessus évoquée, on peut en effet constater un certain phénomène de porosité entre les ordres partiels, les parois les séparant n'étant parfois pas totalement étanches. Cependant, il convient de s'en tenir plus aux normes qu'aux actes qui les portent. C'est ce qu'a semblé faire la Cour de cassation par ces décisions de rejet en ne tenant

735 Cass. 1re civ. 29 nov. 1994, Rev. soc. 1995, p. 318, note Y. GUYON ; RTD com. 1996, p. 86, obs. E. ALFANDARI.

736 Cass. 1re civ. 03 mai 2006 : pourvoi n° 03-18229, RTD com. 2006, p. 219, obs. L. GROSCLAUDE ; K. RODRIGUEZ, Associations : la méthode du renvoi au droit des sociétés, D. 2006, p. 2037 ; F.-X. LUCAS, Pouvoirs d'un président d'association, Dr. soc. 2006, comm. 158.

737 Y. GUYON, art. préc. ; E. ALFANDARI, note préc.

738 K. RODRIGUEZ, art. préc.

739 F.-X. LUCAS, art. préc.

aucunement compte des spécificités des types de personnes morales et notamment de leurs finalités, pourtant bien différentes. Pour trouver une réponse exigée par l'interdiction du déni de justice et par l'utilité sociale, la première chambre civile a entériné l'application à l'acte fondateur d'une personne morale à but non lucratif d'une norme issue non de la loi de 1901, mais d'un autre texte de niveau hiérarchique identique par renvoi au droit des sociétés. Concernant ce renvoi, il a été souligné qu'il s'agit probablement d'un renvoi par analogie qui ne puisse porter que sur des règles dont la neutralité et la technicité ne dénaturent en rien la personne morale qui en bénéficie[740]. Cette opinion paraît difficilement contestable. Dès lors on peut imaginer qu'en cas de silence conjugué des statuts d'une personne morale et de son texte de référence dans des domaines présentant une neutralité et une technicité adéquates, d'autres règles soient transposables. Le renvoi s'effectue donc en fonction de la complétude d'un ordre juridique partiel par rapport à un autre, lequel doit de surcroît avoir une source d'un niveau hiérarchique identique à la norme de référence de l'ordre incomplet. Le principe de bon fonctionnement institutionnel des personnes morales est un facteur de protection de l'organisation des personnes morales.

§ 2 – La double nature de la protection de la personnalité organisationnelle.

322. Les personnes morales ont une double nature, à la fois personne et ordre juridique partiel. Leur organisation est à la fois mécanisme et organisme. Mais les deux dimensions ne sont pas strictement séparées. En effet, l'organisme ne sert pas seulement à déterminer la personnalité sociologique de la personne morale, il individualise également l'ordre juridique partiel et marque ainsi sa différence par rapport à l'ordre juridique étatique et aux autres personnes morales. Il en résulte

740 K. RODRIGUEZ, art. préc., s'appuyant notamment sur une « identité de raison » posée par le Professeur CORNU (Le règne discret de l'analogie, *in* Mélanges offerts à André Colomer, Paris, Litec, 1993) qui doit être d'une part une raison pratique, une similarité dans la situation de fait, et d'autre part une raison axée sur la finalité fondée sur l'intention du législateur et l'objectif de la loi.

que la protection de la personnalité organisationnelle possède une essence duale, à la fois droit de la personnalité dans l'ordre externe (A) et quasiment infractionnelle (B).

A – Dans l'ordre externe, un droit spécial de la personnalité.

323. Du principe au droit au bon fonctionnement institutionnel. Il semble que ce principe de bon fonctionnement institutionnel puisse s'analyser en un droit spécifique de la personnalité des personnes morales, notamment lorsqu'il engendre des actions en responsabilité de la part de ces personnes[741]. Certaines hypothèses semblent se prêter à l'illustration de ce propos. Dans l'exercice de leur droit de vote, il arrive que certains associés ne prennent en considération que leur intérêt propre et perdent de vue celui de l'être artificiel. En pareil cas et bien que d'autres sanctions soient possibles, les représentants légaux peuvent saisir le juge au nom de la société [742] aux fins de voir les associés contrevenant à l'intérêt de la société condamnés à des dommages et intérêts[743]. Les associés ont également la possibilité de le faire par le biais de l'action sociale. Le juge va alors rechercher sur le fondement de l'article 1382 du Code civil s'il y a eu abus, le cas échéant de majorité, de minorité ou d'égalité. Cependant, reconnaissons que l'admission d'un droit de la personnalité des personnes morales à leur bon fonctionnement institutionnel peut à bien des égards plonger le juriste dans un abîme de perplexité.

324. Premier pas vers l'admission du droit ? Il peut être constaté que quelque

741 Sur l'existence d'un droit subjectif sous-tendant l'action en responsabilité et les droits de la personnalité : J. -Ch. SAINT-PAU, La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile, *in* Responsabilité civile et assurances *:* études offertes à Hubert Groutel, Paris, LexisNexis Litec, 2006, p. 405, spéc. n° 6 p. 408.

742 Pour l'abus de majorité : Cass. com., 21 janv. 1997, pourvoi n° 94-18883, Sté Contact sécurité c/ Sté Delattre-Levivier : JurisData n° 1997-000211 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 26 ; Rapp. C. cass. 1997 : Doc. fr. 1998, p. 243 ; Dr. sociétés 1997, comm. 63, obs. D. VIDAL ; Rev. soc. 1997, p. 527, obs. B. SAINTOURENS ; Bull. Joly 1997, § 125, p. 314, note P. LE CANNU ; RTD civ. 1997, p. 929, obs. J. MESTRE ; JCP E 1997, II, 965, note J.-J. DAIGRE ; Dr. et patr. avr. 1997, p. 76, n° 1636, obs. J.-P. BERTREL ; D. 1998, jur. p. 64, note I. KRIMMER ; JCP G 1997, II, 22960, note F.-X. LUCAS. – Pour l'action d'une société pour abus de minorité : Cass. com., 03 juin 2003, pourvoi n° 99-18707, Bull. civ. IV, n° 92, RJDA 2003, n° 963. – Pour l'action d'une société pour abus d'égalité : Cass. com., 20 oct. 1998, pourvoi n° 96-19477, Bull. Joly 1999, p. 66, note LE CANNU.

743 Bien qu'il ne s'agisse pas de la seule sanction.

soit sa forme, la personne morale ne se voit plus dénier la possibilité d'agir en justice dans les hypothèses d'abus du droit de vote[744]. Bien que concernant le droit processuel, l'admission de l'action de l'être artificiel lui-même nous paraît être une première étape vers la reconnaissance du droit au bon fonctionnement. Ainsi, bien que n'étant pas formulé, le droit nous semble être déjà en germe. Certains auteurs ont cependant pu considérer qu'il s'agissait de schizophrénie[745]. Or, la théorie de l'organe ne saurait jouer en pareille situation. Un peu à la manière de la faute détachable du service, l'abus semble être attribué en jurisprudence aux majoritaires[746]. Un auteur va plus loin et estime même que les demandes de réparation devraient être adressées aux majoritaires, alors que la société serait défenderesse aux demandes d'annulation[747].

325. De l'existence d'une personnalité protégée. La principale faiblesse d'un tel postulat est qu'il n'existerait en pareil situation aucune personnalité à protéger, soit par défaut de spécificité[748], soit parce que la protection dont il s'agirait ne serait pas relative à la fonction d'opposabilité de l'organisation et donc de la personnalité morale. D'un point de vue analogique, ces caractéristiques font évidemment défaut à l'organisation-mécanisme en tant que substrat et constituent des obstacles à une possible protection d'une personnalité organisationnelle. Il peut être objecté en premier lieu que la protection des droits de la personnalité ne concerne pas seulement l'individualité et donc l'opposabilité d'une personne. Elle assure, symboliquement par l'affirmation de ces droits, puis en cas de violation par la réparation, la primauté de l'intégrité de la personne[749]. Il peut également être souligné que la définition des droits de la personnalité figurant dans le vocabulaire

744 Pour les sociétés, voir note subapginale n° 742. Pour une association, mais pour une demande d'annulation : Cass. 1re civ., 04 avr. 2006, n° 03-13894 ; JurisData n° 2006-033039 ; Dr. sociétés 2006, comm. 119 par H. LÉCUYER.

745 F.-X. Lucas dans sa note de l'arrêt du 21 janv. 1997 préc.

746 Cass. com., 06 juin 1990, pourvois n° 88-19420 et 88-19783, JurisData n° 1990-001629 ; JCP E 1990, I 20232 ; Rev. soc. 1990, p. 906, note Y. CHARTIER ; Bull. Joly 1990, § 233, p. 782, note P. LE CANNU. – CA Versailles, 12ème ch., 2ème sect., 1er févr. 2001, Mieral c/ SARL Podia France : JurisData n° 2001-140286

747 P. Le CANNU, Bull. Joly préc., spéc. n° 13, p 787.

748 H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, *op. cit*, n° 126 p. 155.

749 Intégrité morale mais aussi physique pour les personnes physiques : A. LEPAGE, Personnalité (Droits de la), Rép. Civ. 2013.

juridique bien que relative aux personnes physiques, permet d'éclairer la notion de personnalité qui pourrait être protégée. Selon cet ouvrage de référence, lesdits droits garantissent les « intérêts primordiaux » de la personne. Or, il n'apparaît pas déraisonnable que le fonctionnement institutionnel de la personne morale, être finalisé et organisé, puisse figurer parmi de tels intérêts. Une fois de plus, la méthode autonome permet de trouver des solutions aux problèmes posés par la méthode analogique. En effet, un auteur n'a-t-il pas relevé, dans la lignée de la théorie institutionnelle, à propos de la société anonyme qu'il existe un « intérêt social institutionnel, tendant (...) au fonctionnement satisfaisant des organes »[750] ? Plus loin, il retient deux éventualités qui contreviennent à ce qu'il dénomme « fonctionnement normal des organes », l'une se résumant à l'abus de majorité et l'autre aux abus de minorité ou d'égalité[751]. Ainsi, à la protection de l'intégrité physique propre aux personnes physiques, il pourrait « correspondre »[752] pour les personnes morales une sorte d'intégrité institutionnelle. La protection du mécanisme constitue au fond celle de la faculté de prendre des décisions.

326. Articulation entre abus de droit et droit de la personnalité. Il semble exister une dualité d'atteinte en fonction du demandeur. Le fondement de l'abus ne pose aucun problème logique lorsque les membres agissent en leur nom propre, notamment dans un abus de majorité. En revanche, il y a selon nous quelque chose de gênant à retenir le fondement impersonnel de l'abus de droit lorsque la personne morale agit contre ses membres fautifs, quand bien même ceux-ci auraient usé de leur droit de vote. La personne morale ne prenant pas part au suffrage et les décisions soumises au vote la concernant, un droit de la personnalité concernant le bon fonctionnement semble mieux indiqué en ce cas. Cependant, il faut bien se garder de voir dans l'admission de ce droit de la personnalité, l'abandon de la notion d'abus. En effet, une trop grande facilité dans l'admission de ce droit pourrait révéler des effets pervers et au final être néfaste pour la personne morale, permettant d'attaquer selon les cas toutes décisions ou

750 J. SCHAPIRA, L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, préc. spéc. n° 7, p. 961.
751 *Idem*, n° 9, p. 963
752 Les guillemets sont placés pour ne pas être suspecté d'analogie.

oppositions au motif qu'elles seraient simplement contraires à l'intérêt de la personne morale[753]. C'est pourquoi l'œuvre prétorienne concernant les abus doit être préservée et entrer non pas en concurrence, mais être intégrée dans ce droit de la personnalité afin de sauvegarder la démocratie interne de la personne morale. Ainsi, l'absence d'abus constituerait la limite de ce droit de la personnalité et l'existence d'un abus, la violation du droit au bon fonctionnement institutionnel. De la sorte, ce droit serait parcimonieusement reconnu et soumis notamment à la démonstration d'un abus. Cependant un aspect de la personne morale n'a pas été étudié et doit être pris en compte. Si dans le droit au bon fonctionnement semble être un droit de la personnalité propre aux personnes morales dans l'ordre externe, il apparaît qu'il revête une nature quasiment infractionnelle dans l'ordre juridique partiel de la personne morale.

B – Dans l'ordre interne, une nature quasi-infractionnelle.

327. Une atteinte à l'ordre juridique partiel. Il convient d'affirmer d'emblée que le droit au bon fonctionnement possède une dimension quasi-infractionnelle. Cette caractéristique semblerait alimenter l'opinion de certains des détracteurs de la reconnaissance du « préjudice moral des personnes morales »[754]. Pourtant, il n'en est rien et pour provocatrice que soit cette caractéristique, elle semble des plus évidentes. Une analogie pourra être utilisée, sans qu'elle ne constitue une remise en cause de la méthode autonome. À notre sens, la seule analogie qui peut être valablement utilisée dans la situation des personnes morales est à faire avec l'État. Ce dernier est tout à la fois une personne morale et un ordre juridique, lequel possède ses correctifs et ses sanctions applicables à ses membres ou personnes présentes sur son territoire en cas de violation de normes ou de principes. Cet ordre obéit à un impératif général d'efficacité, c'est-à-dire que les individus « se conduisent en gros, de la façon prescrite par » les règles primaires et que les organes d'application du droit respectent les normes secondaires et

753 Cf. le commentaire de B. SAINTOURENS, préc.

754 M. WESTER-OUISSE, La jurisprudence et les personnes morales. - Du propre de l'homme aux droits de l'homme, JCP G 2009, I 121, spéc. n° 5.

sanctionnent les violations du droit[755]. Il apparaît que la situation ne diffère pas tellement pour les personnes morales de droit privé. Cependant, étant un ordre juridique partiel, la personne morale aura besoin de normes et d'organes issus de l'ordre juridique étatique, telles que par exemple l'article 1382 du Code civil pour bénéficier de ces correctifs. Ainsi, la dimension punitive du préjudice moral des personnes morales[756], tant décriée par certains auteurs, apparaît parfaitement justifiée. Il apparaît donc que l'éventuel droit de la personnalité des personnes morales au bon fonctionnement institutionnel possède également un caractère quasi-infractionnel dans l'ordre interne.

328. Outre la personnalité organisationnelle, les droits de la personnalité peuvent également protéger la personnalité sociologique des personnes morales.

Section II
La personnalité sociologique externe et interne des personnes morales.

329. L'être purement juridique n'en est pas moins, selon l'expression d'Aristote, un « animal social »[757] que la personne physique. C'est ainsi qu'il est confronté aux tiers et fait partie intégrante de la société et il est regrettable que certains semblent passer cet élément de la personnalité des personnes morales sous silence[758]. Précédemment, nous nous sommes efforcés de décrire la dimension organisationnelle de la personne morale, laquelle, en référence à l'étymologie du

755 V° Ordre juridique par C. LEBEN, *in* Dictionnaire de la culture juridique, ss. dir. D. ALLAND et S. RIALS 2003, se référant à la pensée de Hart, spéc. p. 1116.

756 Encore qu'on ne sache pas dans la pensée de ces auteurs s'il s'agit du dommage ou du préjudice.

757 Aristote, Éthique à Nicomaque.

758 L. DUMOULIN, Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev. soc. 2006, p.1, spéc. n^{os} 33 et 34.

terme « personne » représente notamment un masque, frontière entre l'intérieur et l'extérieur de la personne. La personnalité externe des êtres artificiels est la plus aisée à appréhender en ce qu'elle résulte de l'activité de la personne. Cependant, le critère du rapport direct peut néanmoins concourir à une clarification de la notion de personnalité sociale des personnes morales (§ 1). Les personnes morales possèdent en outre une facette plus profonde, cachée de l'extérieur dont la personnalité n'est que le paravent (§ 2).

§ 1 – La personnalité sociale des personnes morales.

330. Sans entrer immédiatement dans le détail des propositions novatrices de M. Maetz visant à qualifier la notoriété de bien, il peut être relevé que cet auteur différencie la notoriété de la renommée. Selon lui, la notoriété serait une notion objective qui consisterait dans la connaissance quantitative par un large public[759]. Il s'agirait donc d'une notion concrète donc non fictive. La renommée serait quant à elle une notion subjective et qualitative définie comme le fait d'être non seulement connu, mais surtout « apprécié du grand public »[760]. Une personne morale peut être connue et appréciée d'un public parfois très large. Potentiellement, ces deux dimensions peuvent entrer dans la définition de la personnalité sociale. Les personnes morales possèdent une personnalité sociale, mais son étendue est discutée (A). Néanmoins, le critère du rapport direct peut concourir à la compréhension de la notion (B).

A – L'étendue discutée de la notion de personnalité sociale.

331. Avant d'aborder les différentes notions qui peuvent perturber la compréhension de la notion (2), il convient de faire un rapide exposé des droits de la personnalité assurant la protection de la personnalité sociale (1).

759 Cl.-A. MAETZ, *La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, spéc. n° 11. p. 29 s.

760 D. LEFRANC, La renommée en droit privé, Paris, Defrénois, 2004, n° 14 p. 11.

1 – L'étendue établie quant aux droits composants la personnalité sociale.

332. L'honneur et la considération de la personne morale. Un large consensus existe relativement à la notion de personnalité sociale. La plupart des auteurs s'accordent en effet sur une définition incluant au moins la considération des personnes morales. Ainsi, prenant acte de l'opinion du Doyen Ripert selon qui l'activité de la société « peut lui attirer des haines, elles se heurtent à son impassibilité » et n'a « aucun sentiment affectif »[761], il n'en demeure pas moins que la personne morale possède une personnalité sociale, entendue comme la perception que le public se fait de la personne[762]. Comme toute autre, la personne morale peut « être présentée de manière inexacte quant à ses activité publiques »[763]. L'être moral est en droit de se plaindre de l'affaiblissement de sa position sociale par la remise en cause notamment, comme le propose M. Petit, de sa capacité à remplir son objet ou ses qualités d'employeur[764]. Il en résulte que la personne morale jouit d'une personnalité au sens sociologique du terme, d'un « être » opposé à un « avoir » constitué de ce qui fait son identité propre. Cet « être » peut être constitué de sa culture, ses valeurs, etc[765]. La personnalité sociale des personnes morales correspond par conséquent à la considération de celles-ci et les atteintes qui y sont portées[766] sans pour autant qu'il ne soit seulement question de ce droit.

333. Le droit au respect de la dénomination sociale. Mme Martron a établit l'existence d'un droit de la personnalité des personnes morales sur leur dénomination sociale. Pour se faire, elle a proposé de lever les obstacles à cette reconnaissance. Le premier est celui de l'absence de caractère durable de cette

---

761 G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, 1946, p. 79.

762 H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, thèse préc., spéc. n° 132 p. 163.

763 J. MESTRE, La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public », JCP 1974, I, n° 2623, spéc. n° 5.

764 F. PETIT, Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales, D. Affaires 1998, p. 826, spéc. p. 827.

765 Ph. STOFFEL-MUNCK, Le préjudice moral des personnes morales, *in* Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Paris, Dalloz, 2008, p. 959, spéc. n° 14 et 15 p. 966, 967.

766 H. MARTRON, thèse préc. n° 151 et s., p. 185 et s.

dénomination en raison de la liberté laissée aux associés dans son choix. Le second obstacle est relatif à « la qualification jurisprudentielle de droit de propriété »[767]. Pour lever ses entraves, Mme Martron s'appuie sur la pensée de plusieurs auteurs qui ont conféré à la dénomination sociale la qualité d'attribut de la personnalité, faisant ainsi une analogie avec le droit au nom des personnes physiques[768], analogie que nous n'approuvons pas. En effet, la dénomination sociale assure certes l'identification de la personne morale mais elle en matérialise également l'opposabilité. Elle est par conséquent attachée à l'organisme dont elle constitue un attribut, et possède donc une dimension non-fonctionnelle. Or la personne morale n'est pas que cette facette non-fonctionnelle, elle également composée de son activité finalisée. Ce n'est donc pas par pure analogie d'un type de personne à l'autre, mais par un raisonnement de proche en proche seulement teinté d'analogie, qu'il peut être affirmé que la dénomination sociale est un attribut de la personne morale. La personne morale peut exercer son activité sous un nom commercial[769] qui peut consister dans la même suite de caractères que la dénomination sociale, mais ce n'est pas toujours le cas. Il apparaît donc que sauf en cas de notoriété de cette dénomination[770] et non d'une marque, les êtres moraux peuvent la défendre sur le fondement d'un droit de la personnalité, contre un usage non-autorisé de la part de tiers.

334. Rejet d'un droit à l'image des personnes morales. Les personnes morales peuvent voir leur image captée[771], mais il n'apparaît pas possible d'y voir un droit de la personnalité à part entière qui permettrait à la personne de s'opposer à la diffusion de cette image. L'image de la personne morale n'est que le vecteur d'un autre droit : droit à la protection de sa considération, à la protection de son domicile ou droit de propriété sur une marque ou sur des notions perturbatrices de la notion de personnalité sociale.

---

767 H. MARTRON, *op. cit.*, n° 136, p.168 et s.
768 *Idem*, n° 139 et s. p. 172 et s.
769 P. ROUBIER, Droit de la propriété intellectuelle, Sirey 1954, t. II, p. 664.
770 *Cf. infra* n° 345 et s.
771 *Cf. infra* n° 358.

2 – L'étendue discutée par des notions partiellement concurrentes perturbatrices de la notion de personnalité sociale.

335. Perturbation de la personnalité sociale par la réflexion sur patrimonialisation des droits de la personnalité. Les débats doctrinaux relatifs à la dimension patrimoniale des droits de la personnalité brouillent la notion de personnalité sociale tant des personnes physiques que des personnes morales. Développée à partir du droit à l'image des personnes physiques et du monopole d'exploitation qui en découle sur le modèle du droit d'auteur, l'idée d'une patrimonialisation des droits de la personnalité, aujourd'hui grandement admise, rend la notion de personnalité sociale plus complexe. En cette matière deux thèses s'affrontent. Dans la première, dite moniste[772], « chaque droit de la personnalité des personnes morales présenterait des prérogatives extrapatrimoniales et d'autres patrimoniales »[773]. Face au risque de faire prévaloir dans certains cas la dimension patrimoniale sur la première, il a été proposé une conception dite dualiste des droits de la personnalité. S'appuyant sur la distinction anglo-saxonne du *right of privacy* et du *right of publicy* et s'inscrivant dans la conception dualiste du droit initiée pour le droit à l'image[774], M. Loiseau a développé une distinction au sein des droits de la personnalité entre les droits originaires et les droits dérivés[775]. Selon cette conception, les premiers consisteraient dans la faculté accordée à toute personne de « contrôler l'accès des tiers à sa propre personnalité à travers les signes qui la caractérisent » alors que les seconds seraient limités « aux personnes notoirement connues de contrôler l'exploitation commerciale de leur personnalité »[776]. Il a été récemment

772 Pour une opinion récente : J. ANTIPPAS, Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux de la personnalité, RTD. com. 2012, p. 35.

773 H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, n° 107 s., p.141. Pour des références plus précises sur la conception moniste du droit à l'image, on peut citer notamment : B. EDELMAN, Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image, D. 1970, chron. 119.

774 E. GAILLARD, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1984, chron., 161 ; D. ACQUARONNE, L'ambiguïté du droit à l'image, D. 1985, chron. 129.

775 G. LOISEAU, Le nom objet d'un contrat, coll. « bibliothèque de droit privé », t. 274, Paris, L.G.D.J. 1997.

776 G. LOISEAU, Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français, *McGill Law Journal*, 1997 p. 321, spéc. p. 332 s.

soutenu que la conception dualiste développée originellement à l'égard des personnes physiques convenait particulièrement aux droits de la personnalité des personnes morales dont la patrimonialité serait accrue[777].

336. Réification et perturbation de la personnalité sociale par le concept concurrent d'image de marque. Outre le mouvement de patrimonialisation des droits de la personnalité qui toucherait plus particulièrement ceux des personnes morales[778], la notion de personnalité sociale des personnes morales peut également subir l'influence perturbante de concepts partiellement concurrents qui nuisent à son appréhension. Ainsi en est-il tout d'abord de l'image de marque. Elle a été récemment définie comme une notion subjective : la perception que se fait le public des qualités détenues par une personne morale ainsi que des valeurs véhiculées par celle-ci. L'image de marque posséderait « une dimension plus commerciale » que la réputation et en serait le pendant pour les personnes morales[779]. Reprenant une définition donnée en marketing, M. Guennad, indique qu'elle se différencie de l'identité, laquelle consiste dans la façon dont une entreprise souhaite se présenter au marché. D'un point de vue plus juridique, l'image de marque se caractériserait par son extrapatrimonialité en ce qu'elle ne serait pas susceptible d'évaluation pécuniaire[780]. Cet auteur ne sort pas pour autant de la qualification de bien incorporel[781], mais ce bien posséderait à la fois une valeur économique et extrapatrimoniale[782]. Par conséquent, le préjudice d'altération de l'image de marque peut parfaitement consister dans des préjudices patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Ainsi entendue, l'image de marque possède certaines qualités indéniables comme par exemple le fait que son altération se

777 H. MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, n° 107 s., p. 141 s.

778 Sur la patrimonialisation accrue des droits de la personnalité des personnes morales dans leur ensemble, H. MARTRON, thèse préc., spéc. n° 100 s., p. 137 s.

779 S. GUENNAD, Le préjudice moral des personnes morales, thèse, Paris II, 2011, spéc. n° 219, p. 152.

780 S. GUENNAD, thèse préc., spéc. n° 201, p. 141.

781 Il s'agirait d'une « valeur incorporelle constituée de l'ensemble des représentations tendant à singulariser, aux yeux du public, la notoriété d'une marque ou de tout autre élément pouvant avoir une valeur économique – et qui résulte de nombreux investissements (notamment publicité, marketing, travail, etc.) » H. MACCIONI, L'image de marque : Étude juridique de la notoriété commerciale, Paris, Economica, 1995.

782 S. GUENNAD, thèse préc., spéc. ,° 226, p. 159.

répercuterait non seulement auprès des tiers mais encore de l'entreprise elle-même, notamment auprès des salariés, ou encore l'aptitude des sociétés à subir un préjudice moral. Selon M. Guennad, le préjudice moral que subiraient les personnes morales et qui aurait pour source l'image de marque ne serait limité qu'aux seules « sociétés véhiculant des valeurs d'excellence, ou au moins de qualité [qui] peuvent revendiquer une protection de ces attributs que sont l'image, l'honneur ou la réputation »[783]. Cette limitation du concept d'image de marque semble le fondement d'une faiblesse intrinsèque en ce qu'elle ne concernerait que les personnes morales titulaires de marques[784]. Dès lors, bien qu'intéressante à plusieurs égards, l'image de marque se révèle malheureusement être une notion parcellaire envisageable pour les seules personnes morales en situation de concurrence ayant de surcroît développé une spécificité autre que celle découlant « naturellement » de la personne artificielle.

337. Le bien-notoriété retranché à la personnalité sociale. Un autre auteur a étudié la notoriété, entendue comme la connaissance objective par un grand nombre de personnes. Au terme de sa remarquable thèse, M. Maetz[785] a démontré que la notoriété était le concept capable de saisir juridiquement au mieux la valeur attachée dans notre société à la célébrité et les contrats qui en découlent. Pour lui, la notoriété serait une chose incorporelle sur laquelle porterait un droit de propriété sur les utilités économiques. Ainsi, cet auteur a ouvert la voie à une nouvelle explication juridique de ce phénomène et contribué à l'intelligibilité de la célébrité. L'éloignement de la patrimonialisation des droits de la personnalité est très marqué en ce que cet auteur sort totalement de l'opposition entre leur conception moniste et dualiste. Il n'est en effet tout simplement plus question de tels droits. Il préconise la coexistence de deux droits monistes et leur régulation réciproque[786]. Ainsi, les droits de la personnalité protégeraient les seuls intérêts moraux. À côté de ces droits, existerait en cas de célébrité un droit de propriété

783 S. GUENNAD, thèse préc., spéc. n° 73, p. 60.
784 C'est ce qui est sous-entendu par l'importance de la valeur attachée à la marque dans l'appréciation de l'image de marque. *Idem* spéc. n° 229, p. 161.
785 Cl.-A. MAETZ, La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique, PUAM, 2010.
786 Cl.-A. MAETZ, *op. cit.*, n° 521, p. 524 s.

sur les utilités économiques des attributs de la personne « dès lors que cet usage poursuit un but commercial »[787]. En définitive, « les signes de la personnalité sont accessoirisés pour épouser une nouvelle fonction : celle de support de la valeur »[788]. Cette condition quant à l'usage de cette notoriété se double d'une autre relative à sa génération en tant que bien. Pour M. Maetz, le bien notoriété s'envisage *ex nihilo* et est le fruit « d'une industrie, d'un talent, d'investissements »[789]. Cette clarification théorique de la prise en compte de la célébrité par le droit semble avoir pour corollaire de brouiller la notion de personnalité sociale pour deux raisons. La première est relative à l'apparition du bien-notoriété. La recherche d'un seuil à même de préciser la création de la notoriété n'aurait pas de sens en raison d'une présomption semble-t-il irréfragable[790] d'existence d'un effort volontaire ou non à son origine[791]. En somme, en dehors de notoriétés issues de faits divers où seuls les droits de la personnalité pourraient jouer, la formule « qui dit « buzz », dit besogne » paraît convenir parfaitement. L'investissement créant le bien est si largement défini que la notoriété peut parfaitement découler de l'exercice de la seule activité professionnelle[792]. Ainsi, rapportée au cadre de notre étude, les personnes morales sans activité économique en seraient exclues quand bien même elles seraient connues du public par le biais d'un investissement entendu comme leur activité ou une campagne de communication. La seconde perturbation de la notion de personnalité sociale en cas d'activité économique consiste dans l'incertitude quant à l'articulation avec la protection de la personnalité sociale lorsque les deux atteintes résultent d'un même fait. Le bien-notoriété viendrait-il en remplacement ou en complément des droits de la personnalité ? Si le bien-notoriété peut résulter de la seule activité économique, il semble que la régulation se fasse au détriment du droit de la personnalité. Dans le meilleur des cas, celui-ci sera relégué au plan symbolique dans sa dimension de connaissance objective par le public. La

787 *Idem*, n° 433, p. 449.
788 *Idem*, n° 521, p. 524 s.
789 *Idem*, n° 352-1, p. 364 s.
790 Déduction de l'utilisation de l'adverbe « toujours »
791 *Idem*, n° 355, p. 368.
792 *Cf. infra* n° 346.

personnalité sociale en sera plus probablement amputée, notamment en cas d'usage commercial non autorisé des signes de la personnalité[793].

338. Pour fondamentaux qu'ils soient, l'ensemble de ces débats estompent les contours de la notion de personnalité sociale des personnes morales comme on pourrait l'entendre dans ses deux dimensions objective et subjective. Le critère du rapport direct semble à même de lever certains voiles rendant flous les contours de la personnalité sociale.

B – Le rapport direct avec l'activité professionnelle facteur de clarification de la personnalité sociale des personnes morales.

339. Pour déterminer que le rapport direct avec l'activité professionnelle est apte à préciser la notion de personnalité sociale (2), il convient d'établir que cette notion procède de l'activité professionnelle (1).

1 – L'activité, source de la personnalité sociale des personnes morales.

340. Il peut être considéré que la personnalité des personnes morales possède une dimension sociale en ce qu'un « être moral va et veut marquer, par la finalité qu'il poursuit et l'activité qu'il déploie, la conscience du public » (b). Il devient alors « une réalité « sociale », porteuse d'une ou plusieurs valeurs – née des efforts de ses organes, de ses membres et de son personnel (a) »[794].

a – L'activité porteuse de l'investissement des personnes physiques participant à la personne morale.

341. Les valeurs héritées des membres de la personne morale. Dans une situation simple ou peut-être simpliste, on pourrait considérer que la personne morale hériterait des valeurs de ses membres. Pour les associations, cet héritage est aisé à mettre en évidence et il résulte du but-même de la forme associative. Adhérer à une association, c'est adhérer au but qu'elle porte, que celui-ci soit le développement de sports et de leurs valeurs ou la solidarité. S'agissant toutefois

793 *Idem*, n° 433, p. 449. C'est ce qui ressort de l'adverbe « exclusivement » : « Relève en revanche exclusivement du droit de propriété (...) ».

794 F. PETIT, art. préc. p. 827.

des sociétés, cet héritage paraît pour plusieurs raisons moins visible que dans les associations ou réduit à sa plus simple expression.

342. Difficulté quant à l'origine des valeurs de la personne morale. Une première difficulté consiste à déterminer de qui la personne morale hérite ses valeurs. Dans les sociétés comptant peu de membres, il est simple de répondre à cette question. Mais les choses se compliquent avec les sociétés de capitaux. En effet, le nombre d'actionnaires peut être très important, et il peut en résulter une dilution des valeurs. Mais au-delà de la seule multitude d'actionnaires, c'est le régime juridique du capital social qui est problématique. La négociabilité des actions, facilitant leur circulation, nuit à l'identification des membres et cette difficulté est bien évidement encore accrue pour les sociétés émettant des actions dites encore aujourd'hui, et malgré la dématérialisation, « au porteur ».

343. Difficulté quant à l'objet des valeurs de la personne morale. La seconde raison tient à la définition des valeurs elles-mêmes. Dans les sociétés, la valeur primordiale est leur but lucratif. On pourrait être tenté de considérer que c'est cette dimension « égoïste », tournée exclusivement vers l'intérêt personnel et matériel des membres de la personne morale qui interdit l'expression des valeurs des membres. Cependant, cette valeur individualiste n'est en rien infamante car il ne s'agit évidemment pas de porter un jugement. Le but lucratif de la personne morale est défini dans la loi et de cette définition résulte sa généralité. Ainsi, il nous semble trop peu original pour avoir un réel impact sur l'image de la personne morale.

344. Les valeurs de la personne morale portées par les personnes physiques qui incarnent la personne morale. Pour ces raisons, il apparaît plus réaliste de considérer que les valeurs de la personne morale, indépendamment des personnes qui les définissent, sont portées par les personnes physiques, membres ou ces tiers très particuliers que sont les salariés, les dirigeants, qui incarnent concrètement l'être moral dans son activité auprès de ses clients, de ses bénéficiaires ou aux yeux de l'opinion publique. En effet, notre opinion sur un être artificiel est en définitive conditionnée par ce qu'on en perçoit et par conséquent par ceux qu'on rencontre concrètement ou du moins avec qui l'on traite.

b – L'activité génératrice de la représentation sociale de la personne morale.

345. L'activité professionnelle visibilité de la personne morale. On aurait tort de considérer que, les êtres moraux bénéficiant de mesures de publicité légale, la notoriété procéderait de ces seules mesures. La publicité prescrite par la loi ne permet pas de se faire efficacement connaître du grand public du fait du peu d'intérêt suscité en son sein par la lecture des publications officielles. C'est pourquoi la notoriété, tout comme la renommée, notions fortement liées entre elles et constituant deux pendants de la personnalité sociale des personnes morales ont plus logiquement pour origine commune l'activité professionnelle exercée par celles-ci.

346. L'activité professionnelle créé la notoriété. L'activité finalisée exercée pendant un certain temps, et donc professionnelle, est sans nul doute source de visibilité de la personne morale. Aussi comme on l'a récemment relevé, « en d'autres heures, l'éclosion d'une notoriété nécessitait [...] de l'œuvre laborieuse et incompressible du temps, dont les grâces consacraient alors la longévité admirable d'une forme de reconnaissance »[795]. Certes, en des temps où le développement des technologies de communication est exponentiel, où l'impact des techniques de marketing apporte un regain de visibilité pour les personnes morales et leur activité jamais atteint, cette idée peut sembler anachronique. Il s'agit pourtant d'une opinion qui s'impose par la seule force de l'évidence. Pour une personne morale, il ne saurait exister de notoriété sans activité[796]. Mais toutes les personnes morales ne se trouvent pas dans la même situation. Les associations exercent le plus souvent leur activité « à visage découvert » alors que les sociétés le font très souvent par le truchement de noms commerciaux, marques ou même de contrats de franchises. Le public a souvent bien plus

795 Cl.-A. MAETZ, La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique, PUAM, 2010, spéc. n° 8, p. 26.

796 Il n'en va pas de même pour les marques dont l'usage ne se confond pas avec la notoriété. Comme l'a relevé M. Maetz, certaines notoriétés seraient instantanées et fruit d'investissements promotionnels alors qu'il n'y a pas eu distribution des produits marqués (thèse préc. n° 140 p. 136). Il peut néanmoins être objecté que la mise en œuvre de mesures promotionnelles relève de l'usage de la marque.

connaissance d'une enseigne ou d'une marque que de la personne morale qui la détient, de celle qui a fabriqué le produit sur lequel elle est apposée ou de celle qui exerce sous ce nom. Ainsi, dans le cas de personnes morales en situation de concurrence, la notoriété est le plus souvent liée à des signes distinctifs qui peuvent faire l'objet d'un droit de propriété, comme les marques, noms commerciaux ou enseignes, lesquels renvoient par leur distinctivité à une personne ou une entreprise[797].

347. L'activité source de notoriété en matière de franchise et de marque. On trouve incidemment trace de ce lien entre notoriété et activité dans plusieurs arrêts dans des domaines différents dont certains concernent même des personnes physiques. Dans ces décisions, l'usage de la marque se confond avec l'exercice d'une activité liée au signe. Un premier est relatif à la nullité d'un contrat de franchisage devant notamment mettre à disposition du franchisé une marque notoire, bien que la notoriété du signe ne soit pas une condition généralement exigée pour la validité de ce type de contrat. La chambre commerciale a confirmé la nullité du contrat de franchisage notamment pour défaut de notoriété de la marque mise à disposition du franchisé. Ce défaut de notoriété résultait notamment du dépôt de la marque seulement quelques mois avant la conclusion du contrat[798]. Il s'ensuivait nécessairement que l'activité exercée sous ce signe distinctif, bien qu'existante, n'était pas encore suffisamment connue et qu'ainsi les perspectives de gain pour le franchisé ne pouvaient être atteintes. Dans une affaire plus récente concernant cependant l'activité professionnelle d'une personne physique, le temps d'exercice a été retenu pour nier l'existence d'une notoriété nationale en matière de contrefaçon de marque. Deux années d'exercice entre le dépôt de marque par un commerçant et l'utilisation en un autre lieu par un autre commerçant du signe déposé ont été considérées insuffisantes à caractériser une notoriété nationale desdites marques qui aurait pu caractériser la contrefaçon. En revanche, la Cour d'appel de Nancy a estimé que lors de l'immatriculation en 1992 par le second commerçant d'une société concurrente

797 Cl.-A. MAETZ, *op. cit.*, spéc. n° 352-1 p. 365.
798 Cass. com. 09 oct. 1990 : pourvoi n° 89-13384.

utilisant dans sa dénomination sociale le signe protégé quelques décennies auparavant, la contrefaçon était établie[799]. Il va de soit que de nos jours, une telle notoriété peut être acquise bien plus rapidement qu'en deux années. Quoi qu'il en soit, il apparaît qu'un certain temps d'exercice de l'activité professionnelle doit s'être écoulé pour qu'apparaisse la notoriété. Mais le lien entre activité professionnelle et notoriété se trouve plus évident dans une affaire relative notamment à l'annulation du dépôt de marques en 1996 par la société propriétaire d'un grand établissement hôtelier cannois ayant pour enseigne le patronyme de son fondateur. La chambre commerciale a conforté la Cour d'appel d'avoir constaté que le fondateur de l'établissement « ayant cessé toute activité depuis des décennies », son nom ne possédait plus aucune notoriété et que la renommée du signe ne résultait que de l'exploitation de la dénomination faite par la société propriétaire[800]. Le lien entre notoriété et exercice d'une activité est ainsi établi, la notoriété résulte donc en premier lieu de l'exercice d'une activité professionnelle. Dès lors que l'activité n'est plus exercée ou qu'elle l'est depuis trop peu de temps, la notoriété fait défaut. Dans la dernière espèce, il est même intéressant de constater que la notoriété, improprement désignée par le terme de « renommée », appartient à qui exerce l'activité.

348. L'activité source de la notoriété en matière de déchéance de marque. Il apparaît enfin possible d'établir un lien avec la déchéance du droit sur une marque déposée. Le déposant d'une marque bénéficie de l'exclusivité sur l'usage de ce signe sur les produits spécifiés s'il en fait un usage sérieux. À défaut d'un tel usage durant cinq années, toute personne intéressée est en droit de solliciter la déchéance du droit privatif sur le signe[801]. La marque permettant l'identification d'un produit et de la sorte de lui donner une notoriété, le défaut d'usage sérieux du signe ne permet pas le maintien de l'exclusivité compte tenu de la disparition de la notoriété du bien ou service. Au fond, il n'est pas interdit de penser que l'usage sérieux d'une marque revient à l'exercice de l'activité professionnelle de la

799 CA Nancy, ch. civ. 1re, 06 avr. 2010, JurisData n° 2010-029612.
800 Cass. com. 29 janv. 2008 : pourvoi n° 05-20195, JurisData n° 2008-042631.
801 Art. L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle.

personne morale qui peut consister dans la production de biens et services reconnaissables au signe qui les distingue d'autres produits ou services semblables. La notoriété d'une marque est si liée à l'exercice d'une activité que la déchéance touche également les marques notoires[802]. Pour l'exprimer différemment, la notoriété liée à une marque n'est pas perpétuelle et se trouve en réalité être une sorte d' « acquisition précaire», un pari résultant de l'exercice réel d'une activité et toujours susceptible de remise en cause.

349. L'activité professionnelle source de renommée. La personnalité sociale n'est pas seulement la connaissance de la personne morale par un large public, elle inclut également la renommée qui est une notion, non plus quantitative, mais qualitative[803]. Il s'agit de l'idée que le public se fait de la personne morale. En cela, elle recoupe les notions d'image de marque et de considération. Cette visibilité va être le fruit de mesures pratiques telles que des exigences de qualité des produits et services, sérieux, honnêteté, politesse, etc. mises en valeur lors de l'exercice de l'activité. Ces exigences peuvent être endogènes et se trouvent parfois exprimées dans des chartes éthiques[804], de procédures internes ou de qualité[805]. Elles peuvent également être exogènes et édictées au sein d'une organisation professionnelle. Alors ces exigences s'imposent à la personne morale par son adhésion à l'organisme professionnel et elle devra s'y conformer. La représentation sociale de la personne morale est donc en partie, mais en partie seulement bâtie sur son « comportement ».

350. La personnalité sociale fruit d'une stratégie de communication. L'exposé de la personnalité sociale ne saurait prétendre être complet sans aborder même brièvement la communication. Chaque acte de l'activité de la personne morale est en lui-même porteur de ses valeurs et participe donc de cette personnalité sociale.

---

802 Cass. com. 07 mars 1995 : pourvoi n° 92-19902 – 21 janvier 1997 : pourvoi n° 95-10104.

803 Selon la définition de M. Maetz, *op. cit*.

804 Selon les formules anglo-saxones « Ethic pays » ou « Ethic is good for business ». Certaines normes éthiques sont utilisées à des fins managériales, internes à l'entreprise et d'autres, qui nous intéressent plus particulièrement visent le développement de la notoriété de la personne morale.

805 Ces normes de qualité se sont considérablement développées.

Mais la visibilité de la personne morale est également dépendante de ce que cette dernière donne à voir d'elle-même. C'est ici qu'intervient la communication. Cette communication passe notamment par des contrats intéressés qui ont une influence directe sur l'image sociale de la personne morale, en ce qu'ils en augmentent la visibilité. Il est possible d'évoquer le mécénat entendu au sens large, qui englobe le parrainage publicitaire ou le sponsorisme, ou encore les contrats publicitaires. Ces contrats publicitaires peuvent d'ailleurs mettre en avant certaines des chartes précédemment évoquées.

351. Ce lien entre la personnalité sociale et l'activité peut être renforcé par l'application du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle.

2 – La notion de personnalité sociale clarifiée par le rapport direct.

352. Un usage peut être réservé au critère du rapport direct afin de préciser la notion de personnalité sociale. Après avoir rejeté l'idée d'une personnalité sociale professionnelle (a), il conviendra de recourir aux dimensions dynamique (b) et statique (c) de l'activité professionnelle.

a – Impossibilité de l'existence d'une personnalité sociale professionnelle.

353. Position du problème. La démonstration de l'existence d'une dimension professionnelle de la personnalité sociale des personnes morales serait bien évidemment séduisante. La jurisprudence pénale s'est déjà laissée tenter par le passé, reconnaissant qu'une société commerciale « a le droit de défendre sa réputation commerciale et de poursuivre les atteintes portées à sa considération professionnelle »[806]. On pourrait, un peu naïvement peut-être, faire valoir qu'une extension du critère du rapport direct au domaine de la personnalité sociale permettrait une telle émergence. Cette dimension professionnelle pourrait se trouver en accord avec les théories dualistes des droits de la personnalité et renforcer ainsi le phénomène de patrimonialisation de certains droits de la personnalité des personnes morales. Pourtant il n'en est rien et bien au contraire, l'application du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle à ces

806 Cass. crim 12 juin 1956, D. 1956, jur. 577.

situations se trouve en réalité appuyer l'existence d'un système doublement moniste proposé par M. Maetz[807].

354. Retour à la nature du rapport. S'il convient d'admettre qu'au sens courant, la notoriété et la renommée sont en rapport direct avec l'activité professionnelle, il faut immédiatement démentir cette affirmation d'un point de vue technique. Il pourrait être considéré que la personnalité sociale peut en partie relever de la personnalité professionnelle. La personnalité sociale des personnes morales résultant en principe de l'exercice de leur activité professionnelle, elle y serait liée. Ce lien pourrait aboutir à la reconnaissance de l'existence de droits dérivés de la personnalité qui seraient patrimoniaux. Cependant, il ne peut s'agir que d'un lien indirect. En effet, il a été longuement établi que l'application du critère du rapport direct tel qu'entendu dans les présent travaux emportait nécessairement et principalement une comparaison entre l'objet du contrat et l'objet de l'activité professionnelle[808]. Le rapport direct avec l'activité professionnelle est donc un rapport de comparaison qui permet de distinguer ce qui relève du domaine professionnel, de ce qui relève du non-professionnel. Or, la nature de ce lien est incompatible avec celle existant entre l'activité professionnelle et la personnalité sociale de la personne morale. Ce second lien n'a d'autre nature que celle d'un lien de causalité, la personnalité sociale provient de l'exercice par la personne morale de son activité professionnelle. Cette différence de nature entre ces deux rapports exclut par conséquent l'existence d'une personnalité sociale professionnelle des êtres moraux qui ne serait rien d'autre qu'une protection de la dimension dynamique de l'activité professionnelle. En ce sens, le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle est facteur d'unité et de clarification de la notion de personnalité sociale des personnes morales. D'un point de vue purement logique, quelles que soient les notions et nuances qui peuvent y être distinguées, la notoriété, la renommée, l'image de marque ou la considération d'une personne morale font partie intégrante de la personnalité sociale en ce qu'elles ne peuvent se trouver en rapport direct avec l'activité professionnelle.

807 Cl. -A. MAETZ, *op. cit.*, n° 521, p. 524 s.
808 *Cf supra* n° 216 et s.

Ainsi, l'impossibilité logique d'appliquer le critère du rapport direct démontre le lien indéfectible de la personnalité sociale avec la personne morale elle-même et par là en fixe les limites au domaine extrapatrimonial. Selon nous, ce lien avec la personne morale elle-même a pour conséquence le rejet de l'extension des droits dérivés de la personnalité proposée pourtant très habilement par M. Loiseau[809] à l'égard des personnes morales[810]. Les éléments de la personnalité sociale ne seraient susceptibles d'aucun droit dérivé, droit qui suppose que « la personnalité ait acquis une valeur patrimoniale par l'effet de la notoriété du sujet »[811]. Il convient cependant de ne pas se méprendre. Cette unité de la notion de personnalité sociale et l'exclusion du système dualiste ne sauraient évincer l'existence de biens incorporels tirés de ces éléments lorsqu'il pourra être démontré un investissement particulier de la part de certaines personnes morales pour acquérir une notoriété, une renommée ou une image de marque particulière. Il y a par conséquent, comme le préconise M. Maetz, deux systèmes monistes[812]. Il existe une protection de la personnalité sociale dans ses dimensions objectives et subjectives par les droits de la personnalité qui est accordée à toutes les personnes morales. À la part objective et quantitative de cette personnalité vient se substituer pour certaines personnes morales seulement l'existence de droits de propriété sur les utilités économiques de la notoriété ainsi qu'éventuellement en cas d'excellence sur l'image de marque.

b – Clarification par recours à la dimension dynamique de l'activité professionnelle : la distinction entre diffamation et dénigrement de produits ou services.

355. Le rapport direct contribue à clarifier la notion de personnalité sociale en ce qu'il semble être un outil utile aux praticiens pour déterminer s'ils se trouvent face à une atteinte à la considération d'une personne morale ou si les faits qui leurs sont soumis relèvent de la concurrence déloyale au titre d'un dénigrement de produits ou services.

---

809 G. LOISEAU, Le nom, objet de contrats, préc., spéc. n° 479 et 480, p. 471.
810 H. MARTRON, *op. cit.*, n° 100 s., p. 137 s.
811 G. LOISEAU, Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français, McGill Law journal 1997, n° 42, p. 319, spéc. p. 333.
812 Cl. -A. MAETZ, *op. cit.*, n° 521, p. 524 et 525.

356. L'adoption d'une séparation stricte entre atteinte à l'honneur d'une personne morale et critique déloyale des produits ou services. Depuis plus d'un demi-siècle, on sait que les personnes morales peuvent bénéficier d'une protection, si ce n'est de leur honneur[813], tout au moins de leur considération[814]. Seulement, la protection de cette considération était assurée en principe par les textes spéciaux de la loi sur la presse, sans toutefois exclure totalement l'article 1382 du Code civil. Sous l'essor croissant de la protection de la liberté d'expression, ce dernier article a vu son domaine grandement réduit au point qu'aujourd'hui l'articulation entre les deux fondements juridiques de protection a disparu, laissant ainsi place à un « système d'éviction » abandonnant ainsi le système dit du « fait matériellement distinct »[815]. Ce recul du domaine de l'article 1382 du Code civil ne s'est opéré qu'à l'égard des attaques dirigées contre les personnes. Ce fondement légal a donc toutefois conservé sa place à l'égard de la liberté d'expression par le biais des actions en concurrence déloyale pour critique de produits ou services. Ainsi, les abus de la liberté d'expression à l'encontre des personnes sont censés relever du droit dérogatoire sur la presse[816], alors que les critiques qui visent les produits ou services relèvent de l'article 1382 du Code civil[817]. Simple en apparence, ce système d'éviction présente pourtant un certain nombre de difficultés.

357. Une distinction révélant de multiples chausse-trappes. La détermination du domaine de l'atteinte à la considération et de la critique fautive pourrait paraître élémentaire, il suffirait de rechercher ce qui est visé par les propos litigieux. Ainsi, dans l'hypothèse où une personne serait visée, on se trouverait confronté à une atteinte à la considération. À l'inverse, lorsque serait visé le produit ou le service

---

813 Sur la distinction entre honneur et considération et le caractère inapproprié de la notion d'honneur aux personnes morales, cf. H. MARTRON, *op. cit.*, spéc. p. 187 s.

814 Cass. crim. 12 juin 1956, D. 1956, jur. 577.

815 G. LÉCUYER, La place de l'article 1382 du code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression, D. 2006, p. 768.

816 Cass. Ass. Plén. 12 juil. 2000, 2 arrêts, Bull. civ. n° 8 ; D. 2000, somm. p. 463, obs. P. JOURDAIN ; RTD civ. 2000, p. 845, obs. P. JOURDAIN ; Com. com. élec. 2000 comm. n° 108, obs. A. LEPAGE ; G. VINEY, JCP G 2000, I, 280 n° 2 et II, n° 10439 – solution confirmée par Cass. 1re civ. 27 sept. 2005, GP du 16-17 déc. 2005 jur. p. 5 note S. LASFARGEAS ; G. LÉCUYER, art. préc. ; T. HASSLER, D. 2006, Jur p. 485.

817 Cass. 2ème civ. 05 juil. 2000, D. 2000 p. 359 obs. A. MARMONTEl ; D. 2000 p. 131, obs. B. DE LAMY.

proposé par la personne morale, on se trouverait face à une critique déloyale relevant de l'article 1382 du Code civil. Cependant, la réalité est bien plus complexe et qualifier juridiquement tel ou tel fait peut s'avérer plus délicat que le seul énoncé de la distinction peut le laisser supposer. Les différentes formations de la Cour de cassation ont eu récemment à s'interroger sur cette distinction et les solutions adoptées peuvent apparaître d'appréhension complexe. C'est notamment le cas lorsque est retenue l'atteinte à l'image d'une personne morale par l'utilisation de l'image d'un bien lui appartenant ou d'un produit fabriqué par elle[818]. Il faut d'ores et déjà constater que l'image d'une société dans ces litiges « n'est pas tant l'objet de l'atteinte que le moyen de cette atteinte »[819].

358. Difficulté quant à la détermination de la notion d'image d'une personne morale. Les personnes morales peuvent-elles avoir une image ? L'étrangeté de la question ne doit pas tromper, ce n'est pas parce que les personnes morales n'ont pas de dimension physique, ce qui interdit bien évidemment toute reproduction de leurs traits, qu'il faut nier l'existence de cette image. Ce serait se placer dans un raisonnement analogique. Il convient par conséquent de répondre par l'affirmative. Comme l'a relevé Mme Lepage, « l'abstraction de la personnalité morale [trouve] [...] une corporalité dans sa propriété : représenter sa propriété, c'est la représenter elle-même »[820]. Elle s'incarne donc « dans ces éléments tangibles qui eux, sont susceptibles de représentation »[821]. Au regard de la jurisprudence, ces éléments tangibles peuvent être soit la représentation de panneaux publicitaires, comme dans l'arrêt précité du 25 novembre 2010 ou encore un produit de la personne morale comme dans celui du 27 septembre 2010. Une autre question surgit alors : le dirigeant ou le salarié d'une personne morale peut-il constituer un tel élément tangible ? On peut en douter si l'on en juge par l'issue au fond du feuilleton judiciaire de la dernière décennie du vingtième siècle en matière de parodie et de caricature. La Cour d'appel de Reims, statuant comme Cour de

818 Cass. 1re civ. 30 mai 2006, JurisData n° 2006-033699 ; Com. com. élec. 2006, comm. n° 147, obs. A. LEPAGE – 27 sept. 2005, GP du 3-5 déc. 2006 p. 12 s., obs. F. BOURG.

819 A. LEPAGE, note sous Cass. 1re civ. 25 nov. 2010 JurisData n° 2010-022113 – Com., com. élec. 2011, comm. n° 39.

820 A. LEPAGE, note sous Cass. 1re civ. 30 mai 2006, préc.

821 A. LEPAGE, note sous Cass. 1re civ. 25 nov. 2010, préc.

renvoi, a relevé à propos d'une représentation sous forme de marionnette du P-DG d'un grand groupe automobile français que « l'objet de la caricature est non la société automobile [...] mais la personne même de M. Calvet [...] qui, en sa qualité de P-DG des sociétés automobiles, a pris des positions très tranchées et très médiatisées »[822]. Il pourrait en être déduit que les personnes qui participent à l'activité de la personne morale ne peuvent pas être considérés comme élément tangible de l'image de la personne morale[823]. Cependant, une telle interprétation ne saurait prospérer. D'une part parce que l'affaire précitée est relative à la caricature, notamment physique, de la personnalité du dirigeant, modalité bien connue de la liberté d'expression. D'autre part on peut relever que les dirigeants de personnes morales incarnent ces structures vis-à-vis des tiers et jouent parfois de cette incarnation[824]. L'image de la personne morale, celle qui peut être captée, tend parfois à se superposer à celle de ses représentants. Ainsi, l'image d'une personne morale peut être constituée soit par celle de ses biens, matériels ou immatériels tels une marque, soit de l'image de sa production pour celles qui exercent une activité des secteurs primaires et secondaires, soit de celles des personnes physiques qui y participent[825]. Mais dans ce cas, encore faut-il un rattachement à la personne morale, soit par un signe de la personnalité de l'être moral, soit par « l'hyper-association » de la personnalité du dirigeant à celle de la personne morale dans un but purement marketing[826]. Cependant l'admission de l'existence d'une image d'une personne morale ne doit pas permettre la reconnaissance d'un droit à l'image qui y serait associé[827].

359. Difficulté quant à la détermination de l'objet des attaques. Seconde difficulté, la détermination de la cible des attaques. Les décisions évoquées relatives à la distinction mettent en valeur un point, un critère permettant de faire le départ entre les deux types d'actions. Dans le nouveau système de conflit de

822 CA Reims, aud. sol., 09 févr. 1999, JCP G 1999, II, 10144, note Ch. BIGOT.
823 Même arrêt, D. 1999, jur. p. 449, note B. EDELMAN, spéc. n° 4.
824 Les dirigeants de certains grands groupes présentent parfois eux-mêmes les nouveaux produits destinés au grand public lors de quasi-spectacles.
825 À condition de pouvoir y être rattachée soit pas un signe de la personnalité des personnes morales, soit par l'association entre le dirigeant et la personne morale créée par
826 Nous n'irons pas jusqu'à parler de culte de la personnalité.
827 *Cf. supra* n° 334.

qualifications, l'application de l'article 1382 du Code civil dans le cas de critique de produits ou services résulte toujours de la faute d'un concurrent. Certains arrêts sont très détaillés comme celui du 05 décembre 2006 qui relève que les allégations provenaient « d'une société concurrente de la même spécialité, exerçant dans le même secteur »[828]. D'autres se contentant de relever dans l'exposé des faits que les personnes morales, auteur et victime, sont concurrentes ou exercent la même activité[829]. Mais ce critère constamment relevé ne semble pas être suffisant. Ainsi, pour expliquer la distinction, certains s'en remettent à la finalité de l'attaque qui résiderait dans « la volonté de perturber la libre concurrence à travers des critiques de professionnels concurrents », avant d'ajouter que « le dénigrement peut ainsi paraître [...] approprié aux situations de discrédit porté à l'encontre d'un concurrent lorsque l'objectif affiché est clair : contrarier la concurrence saine et libre »[830]. La première chambre civile semble abonder dans ce sens lorsqu'elle fait expressément référence au but du dénigrement qui consiste manifestement dans un détournement de clientèle[831]. L'utilisation du but permettrait de retenir le dénigrement quant bien même une personne serait visée par les propos[832]. D'autres, toujours en se référant au but des attaques considèrent, non sans raison, que la Cour de cassation a édifié une présomption selon laquelle « une critique contre une personne exerçant une activité concurrentielle relèverait [...] toujours du dénigrement et non de la diffamation »[833].

360. Distinction entre dénigrement et diffamation par le recours au rapport direct avec l'activité professionnelle entendu concrètement. La démarcation n'est pas simple à percevoir et les critères proposés jusqu'à présent ne paraissent pas satisfaisants. Un auteur a judicieusement proposé une combinaison de

828 Cass. 1re civ. 05 déc. 2006 : pourvoi n° 05-17710, Com. com. élec. 2007, comm. n° 54 par M. MALAURIE-VIGNAL ; JCP E 2007, 1269, note O. TIQUANT.

829 Cass. 1re civ. 05 déc. 2006, préc. – Cass. com. 28 sept. 2010 : pourvoi n° 09-15583, JurisData n° 2010-017130, Contrats. conc. Consom. 2010, comm. n° 275 obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

830 V. VALETTE-ERCOLE, Dénigrement ou diffamation ?, D. 2008, p. 672.

831 Cass. 1re civ. 05 déc. 2006, préc.

832 V. VALETTE-ERCOLE, note préc.

833 cf. note M. MALAURIE-VIGNAL sous Cass. 1re civ. 05 déc. 2006 préc.

critères. À l'occasion de l'arrêt précité du 05 décembre 2006, et constatant que les attaques sur les produits ou services d'un acteur économique entament également sa considération, il a proposé l'usage du « rattachement à l'activité professionnelle de la personne mise en cause et la situation de concurrence entre les parties »[834]. Autrement dit, outre le critère de situation de concurrence entre les parties, il s'agirait d'appliquer le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle tel qu'entendu dans les présents travaux. Seulement il convient encore de ne pas s'en tenir à la seule apparence dont la superficialité nuirait à la compréhension des notions. Dans des arrêts des 27 septembre 2005, 30 mai 2006 précités, et du 25 novembre 2010, il est évident qu'à première vue le rapport avec l'activité professionnelle des personnes morales concernées pourrait être établi. En effet, une personne morale produisant des compléments alimentaires accusée « d'arnaques de régimes » et figurée par un de ses produits identifiable, une compagnie aérienne dont l'image était représentée par celle d'un avion portant le sigle de ladite compagnie encastré sous la Tour Eiffel ou encore un panneau publicitaire délabré d'un laboratoire pharmaceutique peuvent être entendus comme en lien direct avec l'activité professionnelle. Pour éviter un tel écueil et bien appréhender le critère, il convient de reprendre le raisonnement pragmatique et concret adopté dans cette étude. En l'absence de contrat, le rapport direct ne consistera naturellement pas en une comparaison entre l'objet du contrat et l'objet de l'activité. La détermination de l'objet de l'atteinte se fera par une comparaison entre l'ensemble des allégations ou mode d'expression au sens large et l'objet de l'activité professionnelle. Dès lors la nature-même des propos revêt une importance capitale et va pouvoir être confrontée à l'objet de l'activité. En effet, associer l'image d'un avion d'une compagnie aérienne à des propos plus généraux et alarmants sur les menaces terroristes dans le transport aérien ne peut être considéré en rapport direct avec l'activité professionnelle de la compagnie aérienne. Par conséquent, c'est bien la personne qui est visée et non son activité de transport proprement dite[835]. De même, l'utilisation de l'image d'un panneau publicitaire délabré d'un laboratoire pharmaceutique dans un article sur « le déclin

834 O. TIQUANT, note sous Cass. 1re civ. 05 déc. 2006 préc.
835 Cass. 1re civ., 30 mai 2006 préc.

de l'industrie pharmaceutique » laisse penser que le laboratoire en question participe de ce déclin en ce qu'il se trouverait dans une mauvaise situation financière et non que les produits de son activité sont de mauvaise qualité. La comparaison entre les propos et l'objet de l'activité ne permet pas de conclure à une concordance entre les deux. On se trouve donc ici encore dans un cas de diffamation d'une personne morale et non de critique des produits[836]. Plus compliqué à justifier est le cas de l'image d'un produit associé à des imputations comme celles de procéder à des « arnaques, de vendre des régimes miracles ou de pratiquer de la publicité fausse » qui pourrait être considéré comme une critique des produits, notamment au travers de l'affirmation de vendre des « régimes miracles ». Il convient cependant de remarquer que les autres imputations, d'« arnaques » et de pratique de « publicité fausse » sont relatives à des comportements malhonnêtes attribuables à des personnes physiques ou morales et non aux produits. Par conséquent, la mise en balance de l'objet des propos et de l'activité professionnelle ne saurait une fois de plus être considérée comme se trouvant en rapport direct avec l'objet de l'activité professionnelle[837]. En revanche, les affirmations attribuant au dirigeant d'une société de service, en l'occurence de diagnostic immobilier, d'établir de « faux certificats » et de « faux rapports », s'ils sont susceptibles de constituer une diffamation à l'encontre de la personne physique dirigeante, relèvent pour la personne morale de la critique des prestations qu'elle se propose de fournir. Dès lors la comparaison entre l'objet des propos et l'activité professionnelle, révèle une adéquation établissant le rapport direct avec l'activité professionnelle. Ainsi, les propos ne sont pas relatifs à la personnalité et relèvent bien de la critique déloyale de produits ou de prestations de services[838]. Les exemples peuvent être multipliés et, contrairement à certaines opinions[839], la continuité avec les solutions adoptées par la deuxième chambre est évidente. Ainsi en est-il d'un arrêt de cassation relatif à un article de presse portant sur le plus célèbre des vins mousseux. La Cour de cassation a estimé

836 Cass. 1re civ., 25 nov. 2010 : pourvoi n° 09-15996 ; JurisData n° 2010-022113 ; Com., com. élec. 2011, comm. n° 39 par A. LEPAGE.

837 Cass. 1re civ. 27 sept. 2005 préc.

838 Cass. 1re civ. 05 déc. 2006, préc.

839 F. BOURG note préc.

l'article litigieux comme relevant de la critique de produits[840]. Les raisons de cette solution sont plurielles. La première justification tient au fait que la Cour a considéré que l'article ne visait personne en particulier. Ce dernier se cantonnait en effet à faire état de l'existence au sein des producteurs de ce vignoble de pratiques certes contestables mais sans en viser aucun précisément. D'autre part, la Haute juridiction désavouant une seconde fois la cour d'appel a considéré que les allégations concernant l'approvisionnement extérieur au vignoble de Champagne ainsi que la commercialisation par « certaines grandes maisons » de bouteilles de petits producteurs sous leurs étiquettes en période de forte demande relevaient de la critique de produit. Ainsi, quand bien même une personne déterminée aurait été concernée, le rapport direct avec l'activité professionnelle d'un producteur de champagne était établi car les assertions journalistiques visaient des pratiques trompeuses relatives à la fabrication et à la commercialisation du vin et touchant également à leur qualité.[841]

361. Importance du rapport direct. Le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle s'avère donc déterminant dans la clarification de la notion de personnalité sociale des personnes morales et permet de lever les doutes existant quant à cette notion. En premier lieu son utilisation exclut logiquement l'existence d'une personnalité sociale professionnelle laquelle se trouve certes en rapport avec cette activité mais de manière indirecte en ce qu'elle en est une conséquence et ne peut donc être mise en balance avec celle-ci. En second lieu, ce critère permet efficacement de déterminer ce qui est visé dans des propos et ainsi de faire plus aisément la distinction entre les atteintes à la personnalité sociale des personnes morales et les atteintes à la concurrence par une critique déloyale de l'activité professionnelle ou des produits de celle-ci.

c – Clarification par recours à la dimension statique de l'activité professionnelle : la protection de la dénomination sociale.

362. Le rapport direct au service de la protection de la dénomination sociale.

840 Cass. 2ème civ. 07 octobre 2004 : pourvoi n° 02-18995.

841 On peut également citer un autre arrêt relatif à un autre article touchant de manière générale aux procédés de vinification du breuvage d'un autre vignoble et qui tranche dans le même sens : Cass. 2ème civ. 16 juin 2005 : pourvoi n° 03-18625.

Dans sa thèse, Mme Martron a établit que la dénomination sociale des personnes morales constitue un attribut de leur personnalité[842] et qu'en cela, elle devait être protégée contre l'usurpation par les tiers[843]. Elle relève que le risque de confusion est le critère général ou plutôt le faisceau d'indices de l'usurpation, commun aux personnes physiques et morales[844]. Ce critère a été complété de sous-critères. Outre évidemment l'usage d'une dénomination identique à celle d'une autre personne morale, l'auteur relève que pour être établi, le risque de confusion doit prendre en compte l'activité des deux êtres moraux. Cette recherche de correspondance s'effectue non, entre l'objet d'un contrat et l'activité professionnelle, mais entre ces deux activités. Il y a donc une forte ressemblance avec la conception du rapport direct proposée dans les présents travaux. En matière de protection de la dénomination sociale, la Cour de cassation se réfère aux activités exercées et non à celles contenues dans l'acte fondateur[845].

363. Levée d'une contradiction apparente. Au regard de ce qui a été vu précédemment concernant la distinction entre la diffamation et le dénigrement de biens et services[846], il pourrait paraître pour le moins paradoxal de retenir le critère du rapport direct pour déterminer un droit de la personnalité. Or, il ne s'agit pas ici de la protection de l'activité professionnelle dans sa dimension dynamique ou du moins dans les résultats de cette dimension[847]. Il s'agit en réalité de protéger le sujet de droit construit et de sanctionner un risque de confusion par la recherche d'une simple information d'identification, un attribut de sa personnalité. L'activité professionnelle est par conséquent appréhendée sous l'angle statique de la construction de la personne morale[848]. Le recours à cette dimension statique peut surprendre car il a été déterminé que cette dimension était principalement centrée sur la finalité de l'activité, or il est question ici d'une comparaison entre l'objet réel des activités de deux personnes dont l'une use de la dénomination

842 H. MARTRON, *op. cit.*, p. 172 s., n° 139 s.
843 *Idem*, p. 176 s., n° 143 s.
844 *Idem*, p. 177.
845 Com. 10 juil. 2012 : pourvoi n° 08-12.010 , Bull. Joly 2012. 772, note J. LARRIEU ; RLDA déc. 2012, p. 10, note P. TRÉFIGNY ; Rev. Soc. 2013, p. 49, note F. POLLAUD-DULIAN.
846 *Cf. supra* n° 355 et s.
847 Des biens ou services.
848 *Cf. supra* n° 138.

sociale d'une autre[849]. Il convient de faire deux observations. La première est qu'en tant qu'information d'identification, l'activité d'un être moral participe de sa construction. La seconde est que nous nous trouvons au stade de la détermination d'une atteinte, et que le rapport direct n'est qu'un sous-critère. Il apparaît dès lors parfaitement évident que dans ce cadre la finalité n'apparaisse pas comme une information suffisamment distinctive. Elle sera par conséquent prise en considération au stade du préjudice[850]

§ 2 – De la protection de la vie interne des personnes morales et des droits assimilés.

364. Existence d'une vie sociologique interne. Il apparaîtrait plus qu'étrange de nier une telle évidence, il existe au sein de la personne morale une communauté et celle-ci ne se limite pas aux membres fondateurs de l'être moral et doit inclure notamment les salariés[851]. Cependant il semble douteux que celle-ci puisse bénéficier d'une protection au titre d'un droit de la personnalité aussi large que la vie privée pour personnes physiques. C'est la raison pour laquelle il convient de rechercher si le droit positif reconnaît effectivement un droit à la vie privée aux personnes morales (A), avant de s'interroger sur la notion de droit à la protection de la vie interne de la personne morale (B).

A – L'embarras des juges à reconnaître une vie interne aux personnes morales.

365. Il a été récemment soutenu que les personnes morales jouissaient d'une vie interne empruntant plusieurs caractéristiques de la vie privée des personnes physiques, exception faite bien évidemment de la dimension psychologique induite par la vie privée[852]. Il serait donc possible de déterminer une vie interne des

849 *Idem.*
850 *Cf. infra* n° 403 et s.
851 *Cf. infra* n° 405 et s.
852 H MARTRON, Les droits de la personnalité des personnes morales, thèse préc. n° 178 et s., p. 215 et s.

personnes morales. Mme Martron a fait valoir qu'il existerait une évolution propre à permettre l'émergence d'une notion de la vie privée des personnes morales. Cette opinion s'inscrit dans une optique plus ancienne relative au respect de la notion de vie intérieure[853]. Le raisonnement tendant à l'admission de la vie privée des personnes morales est identique et s'apparente à « la politique des petits pas ». En premier lieu elle débuterait par la reconnaissance, incontestable celle-là, de protections du domicile et des correspondances qui sont traditionnellement liées à la vie privée pour les personnes physiques. Dans un second temps, et compte tenu d'une part du rattachement de ces droits à la vie privée des personnes physiques et d'autre part de l'unicité de fondement, il existerait une marche vers la reconnaissance du droit de la vie privée des personnes morales[854]. Ce processus serait parachevé par la dénaturation, due à la méthode analogique, de la notion de vie privée des personnes physiques[855] et même son rapprochement de celle des personnes morales[856]. Cependant l'évolution des jurisprudences tant européenne (a) qu'interne (b) semble pouvoir s'expliquer par l'inconfort des juges face à des outils inadaptés ou à une cohérence d'ensemble à maintenir.

1 – La jurisprudence européenne.

366. Une jurisprudence européenne d'apparence claire. La Cour européenne des droits de l'homme, y participerait par la protection accordée aux personnes morales d'éléments qu'elle inclut traditionnellement dans la vie privée, c'est-à-dire à l'égard des personnes physiques. Ainsi en serait-il de la protection du domicile accordée aux locaux des personnes morales ou de la notion élargie de correspondance incluant toutes les formes de communications y compris les télécommunications[857]. Ces protections ne sauraient être remises en doute, mais

853 P. KAYSER, Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, RTD civ. 1971, p. 491, spéc.n° 35 ; J. RAVANAS, J-Cl. Droit civil, art. 9 (version antérieure à avril 2010), fasc. 10, p. 15, spéc. n° 16.

854 H. MARTRON, thèse préc. n° 186 s., p. 223 s. et les références citées.

855 *Cf. supra* n°273 et s.

856 H. MARTRON, thèse préc. spéc. n° 210 s., p. 248 s.

857 Reconnaissance d'éléments traditionnellement inclus dans la vie privée des personnes physiques comme le domicile : CEDH 16 avr. 2002, Société Colas Est c/ France, req. n° 37971/97, spéc. n^{os} 40-42, D. 2003, somm. p. 527, obs. C. BRISAN ; D. 2003, somm. p. 1542, note A. LEPAGE ; principe confirmé depuis : CEDH 28 juin 2007, Association pour

la suite du raisonnement apparaît à l'examen plus douteuse. La contribution de la Cour européenne irait au-delà de la reconnaissance de ces seuls éléments, elle serait en fait sur le chemin de l'admission d'une véritable vie privée des personnes morales[858]. Elle ne serait plus discutée en Europe[859]. Mais l'argument d'une telle évolution peut apparaître fragile. C'est ainsi que dans un arrêt du 28 juin 2007, la Cour n'a pas hésité à mettre en doute l'existence-même d'une vie privée des personnes morales[860]. Peu de temps après, elle s'est interrogée sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention en cas de perquisition de documents électroniques au cabinet d'un avocat constituant également le siège social d'une société à responsabilité limitée[861]. Elle a relevé que compte tenu de sa jurisprudence étendant le terme de « domicile » à un cabinet d'avocat[862] ainsi qu'aux locaux d'une société[863], il n'y avait pas lieu de distinguer entre les deux types de personnes juridiques dans le cas d'une protection des correspondances. La Cour a poursuivi son raisonnement en évitant soigneusement de se placer sur le terrain de la vie privée. Pour preuve, elle estime même, compte tenu de la reconnaissance d'une violation du secret des correspondances, « superflu de

---

l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjev c/ Bulgarie, req. n° 62540/00 ; CEDH 21 fév. 2008, Ravon c/ France, req. n° 18497/03 ; CEDH 21 déc. 2010 Société Canal Plus et autres c/ France, req. n° 29408/08, D. 2011 p. 1332 – ou encore le secret des correspondances : CEDH 28 juin 2007 préc. sur la conception large de la notion de « correspondance » spéc. 60 et réf. citées ; CEDH 16 oct. 2007, Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/ Autriche, req. n° 74336/01 ; CEDH, 1er juil. 2008, Liberty et autres c/ Royaume-Uni, req. 58243/00.

858 H. MARTRON, *op. cit.*, nos 186 et s., p. 223 s.

859 N. CAMPAGNE, Réalité et limites de la protection de la vie privée des entreprises, RLDI 2014, n° 101, p. 88.

860 CEDH 28 juin 2007 préc. sur la conception large de la notion de « correspondance » req. n° 62540/0, spéc. § 60. « While it may be open to doubt whether, being such a person, it can have a “private life” within the meaning of that provision, it can be said that its mail and other communications, which are *in* issue *in* the present case, are covered by the notion of “correspondence” which applies equally to communications originating from private and business premises (see Halford, cited above, p. 1016, § 44; Aalmoes and Others v. the Netherlands (dec.), no. 16269/02, 25 November 2004; and Weber and Saravia, cited above, § 77, with further references). »

861 CEDH 16/10/2007, Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/ Autriche, req n° 74336/01 préc.

862 Il a d'abord été considéré qu'une telle fouille constituait une violation de la vie privée et des correspondances (CEDH 16 déc.1992, Niemietz c. Allemagne, spéc. nos 29-33, série A no 251-B), avant d'accorder au cabinet d'avocat la protection due au domicile (CEDH 27 sept. 2005, Sallinen et autres c. Finlande, no 50882/99, spéc. n° 71).

863 CEDH 16 avr. 2002, Société Colas Est c/ France, préc.

rechercher s'il y a eu ingérence dans la vie privée des requérants »[864]. Tout au plus peut-on reconnaître l'ambiguïté d'un arrêt du 1er juillet 2008 dans une affaire relative à des interceptions de télécommunications par les services gouvernementaux du Royaume-Uni. La Cour a reconnu qu'il y avait eu ingérence dans les « droits garantis par l'article 8 »[865]. Pour englobante qu'elle soit, cette seule partie de la motivation ne paraît pas suffisante pour être révélatrice d'une évolution même naissante de la jurisprudence de la Cour en matière de vie privée appliquée aux personnes morales. Il peut être constaté que dans sa motivation, la Cour ne fait en réalité que rappeler sa position[866] qui concerne les personnes physiques[867] : « les communications par téléphone, par télécopie et par courriel se trouvent comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » au sens de l'article 8 ». Si elle ne détaille pas lesdits droits, la notion de « droits garantis par l'article 8 », n'apparaît dans ce contexte que comme une reprise de l'arrêt Weber et Saravia[868], position jurisprudentielle antérieure qui doit conserver la possibilité d'être appliquée aux personnes physiques. Il n'y a donc selon nous rien de réellement éclairant dans cette formulation équivoque. Une autre décision relative à la saisie du serveur de réseau informatique d'une entreprise semble laisser entendre que les personnes morales pourraient se prévaloir d'une vie privée, mais cet arrêt est très énigmatique. En effet, il écarte la nécessité d'effectuer une recherche sur la violation du droit à la vie privée en se fondant sur l'absence de plainte des salariés ayant éventuellement sauvegardé des données personnelles sur le serveur. La violation de la vie privée des sociétés serait en quelque sorte la résultante de celle des salariés[869].

---

864 CEDH 16 oct. 2007, Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/ Autriche préc., spéc. n° 45.

865 CEDH 1er juil. 2008, Liberty et autres c. Royaume-Uni, req. n° 58243/00.

866 CEDH 06 sept. 1978 Klass et autres c. Allemagne, req. n° 5029/71 spéc. n° 41 – 02 août 1984, Malone c. Royaume-Uni, req. n° 8691/79 spéc. n° 64 – CEDH 29 juin 2006, Weber et Saravia c/ Allemagne, req. n° 54934/00, spéc. n° 77.

867 Notamment CEDH 29 juin 2006, Weber et Saravia c. Allemagne, req. n° 54934/00, spéc. n° 78.

868 Préc.

869 CEDH 14 mars 2013, Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège, req. n° 24117/08, spéc. n° 106 et 107, p. 24 et 25.

367. Quant à la position de la Cour de justice de l'Union européenne[870] évoquée à l'appui de l'évolution jurisprudentielle en faveur de l'admission d'une vie privée des personnes morales[871], elle résulte de l'interprétation que la Cour de Luxembourg fait des solutions de la Cour de Strasbourg, décisions dont il vient d'être démontré que la lecture présentée par certains peut être remise en doute.

368. Il n'apparaît donc pas certain que les juridictions européennes cheminent vers une reconnaissance de la vie privée des personnes morales. Pis, l'analyse des décisions tend à démontrer les difficultés et les doutes des juges face à la transposition aux personnes morales d'une notion forgée pour la personne physique.

2 – Contestation au regard de la jurisprudence interne.

369. Réserves relatives aux solutions des juridictions pénales. La jurisprudence interne ne resterait pas à l'écart de cette évolution. Au mieux peut-on reconnaître une reconnaissance « du bout des lèvres »[872]. En premier lieu, on peut relever que la jurisprudence pénale reconnaît les textes protégeant la vie privée applicables aux personnes morales, démontrant ainsi l'utilisation de l'analogie. L'évolution passerait d'abord par une reconnaissance de la protection du domicile des personnes morales[873]. Certaines solutions sembleraient même aller plus loin et reconnaître des violations de la vie privée de personnes morales en matière d'écoutes et d'enregistrements de la parole d'autrui dans un lieu privé en l'absence de consentement de ces personnes comme en témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Limoges du 04 mars 1988[874]. Dans un arrêt du 08 avril 1997, la

---

870 CJUE 14 févr. 2008, Varc SA c/ État Belge, aff. C. - 450/06 spéc. § 48.

871 H. MARTRON, *op. cit.*, spéc. n° 187, p. 224 s.

872 N. CAMPAGNE, préc.

873 Cass. crim. 04 déc. 1957, Bull. crim. n° 806 – Cass. crim. 09 nov. 1971, GP1972, I p. 373 – Cass. crim. 24 juin 1987 : pourvoi n°: 87-82333 ; Bull. crim. n° 267, JCP G 1987, IV p. 302 – pour une formulation de principe : Cass. crim. 23 mai 1995, Bull crim. n° 193 ; Rev. soc. 1996 p. 109, obs. B. BOULOC ; Dr. pénal. 1995, comm. 220, note M. VERON ; idem, chron. 42, obs. V. LESCOUS et C. MARSAT ; RTD civ 1996, p. 130, obs. J. HAUSER.

874 CA Limoges, 04 mars 1988, JurisData n° 1998-040911, spéc. p. 6. Cet arrêt n'est pas dépourvu d'incertitudes car les relations entre l'association victime de la violation de la vie privée et le principal prévenu dispensant des cours pour son compte ne sont que peu précisées. Tout au plus, le prévenu peut-il être qualifié au détour de la motivation de « personne étrangère aux membres qui [..] composent » l'association en ce qu'il a été dans le

chambre criminelle a considéré que la captation de conversations téléphoniques entre les membres d'une association pratiquée sur une ligne attribuée à une librairie qui abritait en même temps le siège de l'association « est de nature à causer à cette dernière un préjudice moral en relation directe avec l'infraction »[875]. Cependant, les conclusions relatives à cet arrêt de la chambre criminelle doivent être relativisées. Cette décision ne concerne en effet que la procédure pénale. Elle traite des conditions d'admission de la constitution de partie civile d'une association et ne reconnaît aucunement la réalité du préjudice, prérogative de la juridiction de jugement. La Cour de cassation a en réalité approuvé le raisonnement de la chambre d'accusation laquelle avait fait valoir ensuite que « la juridiction d'instruction ne peut préjuger de la nature réparable ou non du préjudice allégué et qu'un préjudice même éventuel suffit à rendre recevable une constitution de partie civile au stade de l'instruction, ce qui est le cas en l'espèce ». Cette décision est donc parfaitement neutre à l'égard de la méthode analogique de reconnaissance des droits de la personnalité aux personnes morales.

370. Contestation des solutions civiles. Pareillement, la jurisprudence civile accompagnerait cette marche vers la reconnaissance d'une vie privée ou interne des personnes morales. Ainsi, par arrêt du 10 mai 2001, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait sienne la vision du Doyen Kayser[876] en admettant que les personnes morales puissent être titulaires d'un droit au respect de la vie privée, mais de manière non identique à celle des personnes physiques. Bien que reconnaissant aux personnes morales une vie secrète se déroulant dans leurs locaux privés excluant les tiers, la juridiction en conclut que la protection de la personnalité doit être subsidiaire quand l'atteinte « n'est pas autrement protégée par des règles spécifiques, notamment en matière de droit de la concurrence ou

même temps reconnu coupable des faits. Le professeur était-il simple salarié ou bien membre sans faire partie de l'organigramme administratif, auquel cas, la vie privée de l'association devrait être conçue comme secrète à l'égard de certains de ses membres ? On le constate, l'oubli d'une telle précision nuit grandement à la compréhension de la portée de l'arrêt.

875 Cass. crim. 08 avr. 1997 : pourvoi n° 96-82351 ; GP. 1997, II, chron. crim. p. 162.

876 Art. préc. n° 35.

de secret des affaires ou de contrefaçon »[877]. Certains auteurs ont pu dénoncer une protection « atrophiée »[878]. D'autres ce sont également opposés à cette démarche, arguant de l'existence de liens étroits entre la protection de la personne et celle de son patrimoine et du caractère patrimonial accru de la vie privée des personnes morales[879]. Il apparaît pourtant que la critique du caractère subsidiaire de la vie privée adopté par la Cour d'Aix-en-Provence puisse se justifier différemment. Cette subsidiarité semble être surtout due à une vision de la vie privée fondée sur un raisonnement par analogie entre la situation des personnes physiques et celle des personnes morales. La vie privée des personnes physiques possède une dimension psychologique particulièrement affirmée qui fait « naturellement » défaut aux personnes morales[880]. Cet arrangement avec le régime juridique de la vie privée semble être la marque de l'embarras des juges face à un raisonnement analogique. Il peut néanmoins être ajouté que l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence paraît jouir d'une portée largement surestimée. Il a en effet été précédé de trois arrêts en sens inverse de la Cour d'appel de Paris dans deux de ses formations qui ont affirmé sans ambiguïté que l'article 9 du Code civil n'était pas applicable aux personnes morales, le droit à la vie privée n'étant un droit de la personnalité reconnu qu'aux personnes physiques[881]. Certains auteurs ont pourtant sauté le pas, étendant la notion de vie privée aux personnes morales[882].

371. L'opinion tendant à cette extension repose sur deux arrêts. Une première décision est relative à la limitation de la liberté d'expression sur internet d'un syndicat qui a publié des informations sur une entreprise déterminée. La chambre sociale a cassé la décision d'appel au visa de l'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme au motif que les

877 CA Aix-en-Provence 1re Ch. B, 10 mai 2001, D. 2002 somm. p. 2299, obs. A. LEPAGE.
878 *Cf.* obs. A. LEPAGE préc.
879 H. MARTRON, *op. cit.*, nos 197 et 204 s., p. 235 s. et 242 s.
880 L. DUMOULIN, Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev. soc. 2006 p. 1, spéc. nos 22 s. p. 15 s.
881 CA Paris 1re Ch. 21 mars 1988, JurisData n° 1988-021125 – 14ème Ch. sect. B, 07 fév. 1997, JurisData n° 1997-020906 – 1re Ch. sect. B, 11 juin 1999, JurisData n° 1999-024232.
882 H. MARTRON, *op. cit.* spéc. n° 197, p. 236 et 237.

juges du fond auraient dû rechercher « si les informations litigieuses avaient un caractère confidentiel et si ce caractère était de nature à justifier l'interdiction de leur divulgation au regard des intérêts légitimes de l'entreprise »[883]. Il apparaît bien difficile de voir dans une telle obligation pesant sur les juges du fond l'admission, même implicite, d'une vie privée au bénéfice de cette personne[884]. Chaque terme ayant son importance, la référence aux intérêts légitimes de l'entreprise induit que la confidentialité est fondée sur les informations concernant l'activité et non sur le fonctionnement interne de la personne morale[885]. Ainsi cette référence à l'entreprise démontre selon nous une volonté délibérée de se passer de la démarche analogique et par conséquent de la voie des droits de la personnalité. La seconde décision invoquée à l'appui d'une reconnaissance du droit à la vie privée des personnes morales concerne les visites domiciliaires des agents de l'administration fiscale. La chambre commerciale, en ce que de telles visites sont soumises à un contrôle juridictionnel, a considéré ces ingérences de l'administration dans le droit au respect de la vie privée et du domicile comme proportionnées au but poursuivi et par conséquent conformes notamment à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[886]. S'il apparaît possible de déduire que cet arrêt de rejet reconnaisse un droit au respect de la vie privée des personnes morales, il ne faut cependant pas négliger la référence faite, au respect du « domicile » en plus de la « vie privée ». Cette double référence, marque probable du trouble des magistrats, introduit une ambiguïté dans la motivation et un doute sur la portée de la décision. En effet, la référence à la vie privée n'a-t-elle pas pour seul objet l'établissement d'une jurisprudence simplement similaire[887] entre les personnes physiques et les personnes morales relativement à l'application de l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales ? Le but étant peut-être d'éviter toutes les contestations qui pourraient être fondées sur la violation de droits garantis par l'article 8 de la

883 Cass. soc. 05 mars 2008 : pourvoi n° 06-18907.
884 H. MARTRON, *op. cit.* spéc. n° 197, p. 236.
885 *Idem.*
886 Cass. com. 12 oct. 2010 : pourvoi n° 09-70740, inédit.
887 À défaut d'uniformité.

Convention ? En tenant compte de ce questionnement et en attendant d'avoir une réponse claire, il apparaît pour le moment exagéré de voir une véritable évolution en faveur de la reconnaissance d'un droit à la vie privée des personnes morales[888].

B – La notion réduite de vie privée ou interne des personnes morales.

372. Les personnes physiques voient leur vie privée protégée au nom de la protection de leur intimité, de leur tranquillité. Ce droit sanctionne l'immixtion des tiers. Or, envisager l'application d'un tel droit aux personnes morales, c'est inévitablement en analyser le contenu. C'est de ce dernier constat qu'un auteur a pu déduire l'existence de droits de contenu et de droits de contenant traditionnellement compris dans l'ensemble finalement disparate « vie privée »[889]. Après avoir constaté que les droits de contenu sont dépourvus de lien avec le substrat autonome de la personnalité (1), il conviendra d'étudier les droits de contenant émancipés de la vie privée (2)

1 – Les droits de contenu quasiment dépourvus de lien avec l'organisation.

373. La méthode analogique aboutit, par une dénaturation de la notion de vie privée, à protéger le cadre de l'activité des personnes morales[890], ce qui est contradictoire avec la notion de vie privée relative aux personnes physiques[891]. Un parallèle peut être fait avec d'autres propositions doctrinales qui expliquent la mutation de la notion de vie privée. La protection de la vie privée des personnes morales impose de faire glisser la cause de la protection du secret, de la notion d'intimité propre aux personnes physiques, à celle de confidentialité d'une information[892]. Ces deux bouleversements de la notion posent question. Concevoir

888 D'autres arrêts évitent la question de la vie privée : Cass. crim. 16 juin 2011 : pourvoi n°: 10-80016 ; dans certains arrêts, la cassation est prononcée sur la violation du secret des correspondances entre un avocat et son client alors que la vie privée était également visée au pourvoi : Cass. crim. 24 avril 2013 : pourvoi n° 12-80331 ; n° 12-80346 – Cass. com. 20 mas 2012 : pourvoi n°: 11-11261.

889 F. MOULIÈRE, Secret des affaires et vie privée, D. 2012, p. 571.

890 H. MARTRON, *op. cit.*, n ° 199 s., p. 239 s.

891 *Cf. supra* n° 273 et s.

892 F. MOULIÈRE, art. préc.

la vie privée des personnes morales comme la protection de la confidentialité d'une information (a) invite à s'interroger sur la pertinence de la classification de la vie privée des personnes morales au sein des droits de la personnalité (b).

a – La protection de la confidentialité d'une information.

374. La protection de la confidentialité d'une information. La question de la confidentialité d'une information requiert d'en déterminer le contenu. C'est en fonction de celui-ci que le dommage pourra être rattaché ou non aux droits de la personnalité et à la vie privée ou interne. Dès lors, ce contenu va servir à affiner l'examen de la notion de vie privée.

375. La confidentialité protégerait le cadre de l'activité professionnelle. En premier lieu, selon les propositions analogiques, la vie privée tendrait à protéger le « cadre de l'activité professionnelle » entendu abstraitement. Outre la contradiction révélée précédemment[893], cette proposition manque de précision en ce qu'elle comprendrait des droits de contenant, comme la protection du domicile, et des droits de contenu. En second lieu, en s'attachant à en étudier le contenu, la confidentialité serait relative à des informations touchant la dimension dynamique de l'activité professionnelle. Si l'on excepte donc les quelques développements sur le domicile et les communications[894], Mme Martron propose d'inclure divers éléments dans la vie privée des personnes morales, tels que les changements de stratégie commerciale[895]. Il s'agirait de s'opposer à l'immixtion des tiers à l'entreprise, « afin de ne pas perturber son organisation interne »[896] Or, ces éléments semblent plutôt relever du secret des affaires.

376. Le secret des affaires est un droit de contenu. Il n'existe toujours pas en droit positif de droit général au secret des affaires, mais seulement certains secrets dans le domaine des affaires[897]. À ce titre, les diverses composantes du secret des affaires sont protégées sans même qu'une unité puisse s'en dégager,

---

893 *Cf. supra* n° 273 et s.
894 *Cf. infra* n° 381 et s.
895 H. MARTRON, *op. cit.*, préc. n° 204, p. 243.
896 H. MARTRON, *op. cit.*, spéc. n° 199, p. 239.
897 Y. PACLOT, Les divers facettes du secret des affaires, Dr. et patr. 2002, p. 70.

par des dispositifs et moyens disparates tels que le secret professionnel[898], le délit d'initié[899] ou des accords et clauses de confidentialité[900]. Ce sujet a fait l'objet plusieurs projets de textes tendant à combler ce manque. Ces ébauches législatives se proposent de définir le contenu de ce secret. Une première proposition de loi dite « Carayon », adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012 et aujourd'hui abandonnée, avait notamment pour but la création d'un délit relatif à la violation du secret des affaires dans le Code pénal[901]. La protection uniquement pénale et aux conditions d'application difficiles était relative à l'activité économique de l'entreprise dans sa dimension dynamique[902]. Une nouvelle proposition déposée le 16 juillet 2014[903] confirme l'attachement de la notion de secret des affaires à la dimension dynamique de l'activité et constitue une synthèse de deux textes en projet. Cette nouvelle proposition[904] reprend différents éléments de la proposition « Carayon », notamment une protection pénale ainsi que des éléments de définition du domaine de l'information protégée. Ce « recyclage » est le bienvenu car le nouveau texte

---

898 art. L. 223-13 du Code pénal.

899 art. L. 465-1 du Code monétaire et financier.

900 Pour un exposé, *cf.* D. PORACCHIA, La protection juridique des secrets de l'entreprise, Dr. et patr. 2000, n° 85, p. 20 s.

901 Art. 1er de la proposition de loi n° 3985 du 22 nov. 2011. Pour une critique de la proposition : P. MARTIN, Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012, GP 2012, doct. p. 1972.

902 Proposition d'article L. 226-15-1 alinéa 1er : « Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers, de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, ne présentant pas un caractère public, dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci ».

903 Proposition de loi n° 2139 relative au secret des affaires du 16 juillet 2014.

904 Proposition d'article L. 151-1 du Code de commerce : « Est protégée au titre du secret des affaires, indépendamment de son incorporation à un support, toute information : « 1° Qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ; 2° Qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique ; 3° Qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non public. »

national se veut également une transposition « préventive » d'une proposition de directive du 28 novembre 2013[905]. Le domaine de ce projet européen limité à la matière civile semble moins clair en ce qu'il ne paraît pas s'attacher au contenu de l'information mais à sa seule valeur commerciale[906]. Il apparaît par conséquent que les mécanismes de protection désignés comme « secret des affaires » sont relatifs, non à des informations relatives à la personne morale prise en tant que personne juridique, mais à des données concernant son activité. Il existe par conséquent un rapport au moins indirect avec l'activité professionnelle en ce que le secret profite à l'exercice de l'activité. Dans ce cadre, une protection de la confidentialité sur le fondement d'un droit au respect de la vie privée ou interne semble devoir être exclu.

377. Le secret des affaires exclu de la protection de l'organisation. Il a été récemment relevé que le secret des affaires était traditionnellement considéré comme lié à la vie privée et devait de ce fait bénéficier aux personnes morales[907]. Cependant, tout comme M. Moulière[908], on peut douter qu'un tel parallèle soit opportun. En effet, eu égard au contenu de la notion et compte tenu de la consubstantialité du secret des affaires et de la personnalité fonctionnelle, « le secret des affaires (...) n'est pas le pendant du secret de la vie privée pour les personnes physiques »[909]. Cela est d'autant plus vrai que le secret des affaires ne saurait être appliqué universellement à toutes les personnes morales. La limitation

905 Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites du 28 nov. 2013, COM(2013) 813 final 2013/0402 (COD).

906 L'article 2 définit le «secret d'affaires». Il serait relatif les « informations qui répondent à toutes les conditions suivantes: a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles; b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes; c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes ».

907 H. MARTRON, *op. cit.*, spéc. n° 181 p. 218, s'appuyant sur les positions de : C. GAVALDA, Le secret des affaires, Mélanges offerts à R. Savatier, Paris, Dalloz 1965, p. 291 ; M. CRÉMIEUX, Le secret des affaires *in* L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation, Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE (dir.), LGDJ, Paris 1978, p. 458.

908 F. MOULIÈRE, art. préc.

909 Y. PACLOT, Les diverses facettes du secret des affaires, Dr. et patr. 2002, p. 70.

de la protection aux informations relatives à l'activité économique exclut de nombreuses personnes morales. Le lien entre vie privée et secret des affaires est par conséquent inexistant. Cela est conforté par la dernière proposition de loi qui propose de sanctionner les violations du secret des affaires selon les règles de la responsabilité civile et non selon la jurisprudence de l'article 9 du Code civil admettant la réparation dès lors qu'une violation de la vie privée est constatée. Pour toutes ces raisons, le secret des affaires doit relever de la personnalité fonctionnelle et plus particulièrement de la personnalité de fonctionnement[910],

378. Incertitudes du contenu de la confidentialité d'une information relative à l'organisation. Ensuite, l'information confidentielle pourrait concerner l'organisation de la personne morale et non de son activité, mais sa protection se révèle peu assurée sur le fondement de la vie privée. L'information pourrait se rapporter en premier lieu au mécanisme ce qui pose divers problèmes. Les diverses obligations d'information, dont bénéficient les membres de la personne morale et même les tiers, compliquent grandement la recherche d'exemples de violation de la confidentialité d'une information relative au mécanisme. Mais le plus ennuyeux est qu'une telle violation semble relever au regard de son contenu de la protection de la personnalité organisationnelle et non de la vie interne de l'être moral. Il faudrait en conséquence considérer que la simple violation de la confidentialité porterait atteinte au bon fonctionnement institutionnel de l'être moral. Un dommage créerait donc un autre dommage et on retrouverait en ce cas le caractère quasiment infractionnel relevé précédemment[911].

379. Une confidentialité réduite à portion congrue. En dernier lieu, la confidentialité peut être relative à une information touchant la vie sociologique interne de la personne morale. Il s'agirait de la seule hypothèse évoquant réellement une vie privée ou interne relativement au contenu de l'information confidentielle. Le dommage pourra consister dans la révélation de mésententes au sein de la personne morale ou bien dans le désengagement d'un actionnaire ou

910 *Cf. supra* n° 153.
911 *Cf. supra* n° 327.

sociétaire dont la présence constituait un gage par exemple de certaines valeurs. Ainsi en théorie, il apparaît qu'un lien peut exister entre la vie privée ou interne des personnes morales et leur organisation. Mais un constat s'impose, la détermination d'une vie privée ou interne proprement dite d'une personne morale par son contenu aboutirait à ne protéger sur le fondement de l'article 9 du Code civil que bien peu d'informations.

b – Exclusion de la notion de vie privée ou interne pour les personnes morales.

380. Après cette analyse, le domaine d'un droit de la vie privée ou interne des personnes morales s'avère être bien plus réduit que ce que certaines opinions fondées sur une analyse analogique peuvent le laisser penser. Il apparaît donc en grande partie « inopportun de passer par le canal des droits de la personnalité »[912] pour protéger le contenu d'une information. Finalement on en vient à se demander si les droits de contenant ne sembleraient pas plus aptes à protéger une information relative à la vie sociologique interne des personnes morales. Dès lors, sur la question précise de la détermination du contenu de la vie privée de ces personnes, les opinions opposées à la reconnaissance de ce droit calqué sur celui des personnes physiques paraissent fondées[913]. Il en résulte alors, selon la présentation des droits de la personnalité proposée par Madame Dumoulin[914], que le droit à la vie privée doit être considéré comme un droit spécial de la personnalité des personnes physiques. En conséquence, les droits de contenant traditionnellement compris dans la notion de vie privée doivent en être affranchis.

2 – L'émancipation nécessaire des droits de contenant.

381. En prenant en compte l'ensemble des éléments précédents, l'existence d'un droit à la protection d'une vie privée ou interne des personnes morales ne peut être établie. Par conséquent, en l'absence de réelle prise de position des

912 G. LOISEAU, Des droits humains pour personnes non humaines, D. 2011, p. 2558.

913 F. MOULIÈRE, art. préc. ; mais également et pour s'en tenir à quelques opinions récemment exprimées: G. LOISEAU, art. préc., encore que son opposition ne prenne en compte que la situation des sociétés.

914 L. DUMOULIN, Droits de la personnalité des personnes morales, Rev. Socétés 2006, p. 1, spéc. n° 42 p. 25 s.

juridictions suprêmes, il semble plus convainquant de n'accorder aux personnes morales que le bénéfice de droits de contenant compris classiquement dans la vie privée des personnes physiques. Ainsi en serait-il du secret des correspondances ou du droit de protéger les locaux assimilés au domicile. Précisons qu'il ne semble pas y avoir de glissement de la notion de domicile qui deviendrait non plus un lieu d'habitation réelle et effective[915], mais un lieu d'exercice d'une activité économique[916]. Il suffirait probablement pour cela de considérer que le domicile protégé est un lieu occupé dont les tiers sont exclus, peu important l'objet des agissements, occupations ou même inoccupations qui s'y dérouleraient.

382. Arguments doctrinaux. L'idée d'une attribution de droits autonomes aux personnes morales peut s'appuyer sur la récente perspective proposée par M. Moulière. Cet auteur a constaté que l'admission de la protection des « contenants » de la vie privée comme les correspondances ou le siège social assimilé au domicile accordée aux êtres moraux ne posait techniquement aucun problème. Contrairement aux droits de contenu, les droits concernant les « contenants » ne sauraient aucunement imposer de distinguer en fonction du contenu de l'information[917]. Il apparaît ainsi que les personnes morales, bien que dépourvues de protection de leur vie privée peuvent néanmoins se prévaloir de droits tels que les protections plus ciblées de leurs correspondances ou de leurs établissements. À cette fin il semblerait souhaitable d'émanciper ces protections de « contenant » de leur fondement juridique classiquement admis.

383. Arguments de droit positif. À l'appui de cette proposition, il peut être relevé que les droits reconnus aux personnes morales et qui sont susceptibles d'être englobés dans une vie interne ou privée se trouvent mentionnés séparément de la « vie privée ». Cela est vrai tant dans l'article 8 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que dans le droit pénal français

915 J. -Ch. SAINT-PAU, Droits de la personnalité, spéc. n^{os} 1212 et 1213, p. 745 et 746.

916 *Idem* spéc. n°1122 p. 698 qui relate l'opinion de J. Mouly *in* Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne, *in* Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 279.

917 F. MOULIÈRE, Secret des affaires et vie privée, D. 2012, p. 571.

qui compte pas moins de trois infractions distinctes[918]. Seuls donc l'article 9 du Code civil et certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, tels que celui du 1er juin 2008[919], qui se réfère aux « droits garantis par l'article 8 », ne distinguent pas entre les différents droits. Cependant une fois ces droits de contenant déconnectés d'une notion de vie privée quasiment inutilisable au bénéfice des personnes morales, il n'y aurait plus aucun sens à les maintenir dans le « giron » de l'article 9 du Code civil et du régime spécial dépourvu de démonstration du préjudice[920]. Il en résulte qu'appliqués aux personnes morales, ces droits ne relèvent pas de la catégorie des droits au respect de la personne humaine et reprennent leur place dans la clause générale[921].

Conclusion du chapitre I.

384. Les atteintes aux droits de la personnalité des personnes morales, définies selon la méthode autonome modifiée, peuvent être de deux ordres. La protection de la personnalité sociologique est la plus aisée à envisager car elle dispose des références techniques relatives aux personnes physiques. L'existence d'une personnalité sociale des personnes morales ne fait aucun doute, mais son étendue est discutée notamment au regard de notions concurrentes. Il peut également être remarqué que le rapport direct participe de la détermination de ce domaine. La notion englobante de vie privée ou interne doit quant à elle être écartée au profit d'une protection autonome des correspondances et du domicile.

---

918 V. Code pénal, art. L. 226-1 sur l'atteinte à la vie privée, L. 226-4 sur l'atteinte au domicile et L. 226-15 relatif au secret des correspondances.

919 CEDH 1er juil. 2008, Liberty et autres c. Royaume-Uni, préc.

920 Cass. 1re civ., 05 nov. 1996 : JCP 1997, I, 4025, n° 5, obs. G. VINEY ; II, 22805, note J. RAVANAS. – 25 févr. 1997 : JCP 1997, II, 22873, obs. J. RAVANAS ; bull. I, n° 73 p. 47. – 06 oct. 1998, Bull. I, n° 274 p. 191.

921 Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil, À la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés, RTD civ. 2012, p. 251.

De manière plus singulière il a été également proposé une atteinte spécifique à la personnalité des personnes morales. Cette atteinte se rattacherait à la personnalité organisationnelle et serait en réalité une application d'un principe plus général de bon fonctionnement des êtres artificiels. Cette atteinte n'aurait pas seulement la nature d'un droit de la personnalité, elle possède également une dimension quasi-pénale. Cette double nature de l'atteinte est la résultante de la nature duale des êtres moraux, à la fois personnes et ordres juridiques partiels.

Chapitre II

Les préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales : proposition d'une nomenclature.

385. Suivant le cheminement de la relation causale liée aux droits de la personnalité, il convient désormais d'examiner des propositions de préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales. L'histoire nous apprend que, « le concept d'action en justice est antérieur à celui de droit subjectif » [922]. Il existe un « rapport de filiation »[923] entre l'action en responsabilité et les droits de la personnalité. Elle est sous-tendue par un droit subjectif, y compris pour ces derniers[924]. Le Professeur Saint-Pau a démontré l'antériorité de l'action en justice de la victime d'un fait dommageable sur la reconnaissance de droits subjectifs. On peut donc déduire que le préjudice résultant effectivement du dommage est le

922 J. -Ch. SAINT-PAU, La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile, *in* Responsabilité civile et assurances *:* études offertes à Hubert Groutel, LexisNexis Litec, Paris 2006, p. 405, spéc. n° 2, p. 406.

923 *Idem*, spéc. n° 1 et s., p. 405 et s.

924 *Idem*, spéc. n° 6, p. 408.

fondement théorique des droits subjectifs et plus précisément des droits de la personnalité lorsqu'il y a atteinte à la personnalité de l'être moral. Les droits patrimoniaux des personnes morales et les préjudices qui en découlent sont moins problématiques que leurs droits extrapatrimoniaux. La raison en est évidente : le consensus général sur cette question. Même pour les tenants de la théorie de la fiction les personnes morales ont toujours été dotées d'un patrimoine. La problématique des préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales est quant à elle bien plus récente et l'appui de la méthode autonome l'est encore plus.

386. Fort de cette constatation, il convient de s'interroger sur le fondement théorique des droits extrapatrimoniaux des personnes morales. Les préjudices extrapatrimoniaux professionnels des personnes morales (section I) seront étudiés avant l'examen de ceux issus de violations de leurs droits de la personnalité (section II).

Section I
Les préjudices extrapatrimoniaux professionnels des personnes morales.

387. La nature des personnes morales semble imposer une nomenclature fonctionnelle des dommages. Cependant à retenir une conception unitaire du dommage-préjudice, cette typologie paraît s'accorder difficilement avec la patrimonialité[925]. Dans ce cas, il peut en effet apparaître tentant de considérer la patrimonialité et la professionnalité comme concurrentes ou même, de ne voir dans la typologie fonctionnelle qu'une reformulation de la classification traditionnelle du dommage-préjudice selon son caractère patrimonial ou extrapatrimonial. De cette manière il pourrait sembler contradictoire de considérer

925 *Cf. supra* n° 292 et s.

un dommage-préjudice tout à la fois extrapatrimonial et professionnel au cas où il se trouverait en rapport direct avec l'activité professionnelle. Cette contradiction peut être levée par la distinction entre les notions de dommage et de préjudice déjà évoquée. Aussi convient-il de rechercher l'existence des préjudices extrapatrimoniaux professionnels des personnes morales (§1) avant de s'attacher à l'établissement de leur substance (§2).

§ 1 – De l'existence de préjudices des personnes morales à la fois extrapatrimoniaux et professionnels.

388. Si par principe, un préjudice extraptrimonial professionnel doit être admis (A), il doit immédiatement être exclu en cas d'exercice d'une activité économique (B).

A – Le principe du préjudice extrapatrimonial professionnel.

389. La résolution de la problématique cohabitation entre la patrimonialité et de la professionnalité du préjudice. Il a été démontré que la professionnalité était attachée au dommage, alors que la patrimonialité l'était au préjudice[926]. Ces notions ne sauraient en effet entrer en concurrence pour la seule raison qu'elles ne dépendent pas de la même étape de la relation causale qui part du fait générateur et aboutit à l'indemnisation du préjudice. Le préjudice a été défini comme « un ensemble d'éléments qui apparaissent comme les diverses conséquences découlant du dommage à l'encontre de la victime de celui-ci »[927].

390. Absence d'influence systématique de la nature des dommages sur celle des préjudices. Dans le cadre d'une conception traditionnelle de la patrimonialité des droits fondée sur leur régime, certains auteurs ont par ailleurs pu faire valoir que le caractère patrimonial ou extrapatrimonial du préjudice était indifférent à la classification tripartite des dommages. Aussi est-il admis qu'un préjudice

926 *Cf. supra* n° 293.
927 F-P BÉNOIT, Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité), JCP 1957 I 1351, spéc. n° 13.

extrapatrimonial peut tout autant avoir pour origine un dommage matériel ou moral[928]. Cette indifférence peut dans son principe être parfaitement transposée à la typologie fonctionnelle. De la sorte, un dommage professionnel peut donner lieu à des préjudices patrimoniaux, entendus comme économiques, mais également extrapatrimoniaux, entendus comme tout autre type d'atteinte. Par conséquent, il convient de constater que la distinction entre le dommage et le préjudice améliore la compréhension de ces notions en ce qu'elle lève définitivement toute difficulté quant à l'articulation entre la professionnalité et la patrimonialité des droits. L'existence de préjudices extrapatrimoniaux découlant de dommages professionnels n'apparaît plus emprunte de contradiction. Ces raisons justifient que ce type de préjudices soit dans les prochains développements désignés sous l'appellation « préjudices extrapatrimoniaux professionnels ».

B – L'inexistence des préjudices extrapatrimoniaux professionnels en cas d'exercice d'une activité économique.

391. L'hypothèse jurisprudentielle et doctrinale de l'existence de préjudices extrapatrimoniaux professionnels en matière de concurrence déloyale. En ces lignes, point ne sera nécessaire de faire un exposé exhaustif des décisions tendant vers l'admission de tels préjudices. C'est pourquoi nous nous contenterons de quelques exemples récents. En cas de dénigrement d'un concurrent, de débauchage puis embauchage de salariés d'une société et de non-respect d'une clause de non-concurrence, la Cour de cassation a eu l'occasion de retenir l'éventualité d'un tel préjudice notamment par sa célèbre formule du préjudice « fût-il seulement moral »[929]. Dans certaines des décisions comportant cette désormais fameuse formule concernant le préjudice extrapatrimonial, la Haute juridiction tente quelque peu maladroitement de préciser le caractère

928 Ph. STOFFEL-MUNCK, Le préjudice moral des personnes morales, art préc. spéc. n° 13, note subpaginale n° 26. Cet auteur ajoute par la suite que cette indifférence n'a que peu d'importance car « un dommage matériel entraîne toujours un préjudice économique » et qu'un « dommage moral paraît toujours devoir entraîner un préjudice moral », note subpaginale n° 28. Pour l'indifférence du préjudice patrimonial à l'égard de la typologie tripartite des dommages V. S. ROUXEL, thèse préc. p. 46 s.

929 Pour un exemple parmi d'autres : Cass. com. 03 mars 2004 : pourvoi n° 01-15706 – Cass. com. 18 déc. 2007 : pourvoi n° 05-13697.

professionnel du dommage par l'expression vague de « trouble commercial »[930]. Mais un arrêt pourtant de rejet semble paradoxalement plus clair. Cette décision paraît confirmer la distinction faite par une Cour d'appel entre le préjudice extrapatrimonial professionnel et le préjudice patrimonial professionnel. En effet, après avoir fait remarquer que la Cour d'appel n'a pas retenu le lien de causalité entre les fautes et les pertes de chiffre d'affaire, la chambre commerciale constate qu'un tel lien a été établi à l'égard du « préjudice moral » dont le montant est soumis à l'appréciation souveraine des juridictions du fond[931]. Bien que dans ces décisions, l'existence de ces préjudices n'a été qu'assez mollement affirmée, un arrêt du 15 mai 2012 est catégorique[932]. Ainsi les préjudices extrapatrimoniaux professionnels des personnes morales existent en jurisprudence. Parallèlement aux décisions de justice, des travaux laissent entrevoir l'existence de préjudices extrapatrimoniaux professionnels subis par les personnes morales exerçant une activité économique, notamment en cas de concurrence déloyale. L'image de marque ou réputation d'une personne morale exerçant une activité économique serait dotée d'une valeur non seulement économique mais également extrapatrimoniale[933]. Dès lors, le préjudice moral serait « destiné à réparer les atteintes extrapatrimnoniales » de l'image de marque dans son acception retenue par M. Guennad[934] ou de la renommée telle que définie par M. Maetz citant M. Lefranc[935], une notion très proche. Cependant un préjudice consécutif à un dommage professionnel en cas d'exercice d'une activité économique ne peut donner lieu à des préjudices extrapatrimoniaux. La raison est purement logique.

392. Première explication de cette inexistence : le lien entre la nature de l'activité professionnelle exercée et le type de préjudice professionnel. La

930 Par exemple : Cass. com. 03 juin 2003 : pourvoi n° 01-15145, dans lequel le trouble commercial résulte de la confusion créée dans l'esprit du consommateur – Cass. com. 27 mai 2008 : pourvoi n° 07-14422 – Cass. com. 28 sept. 2010 : pourvoi n° 09-69272 (publicité mensongère).

931 Cass. com. 03 juin 1998 : pourvoi n° 96-15969, JurisData n° 1998-002605.

932 Cass. com. 15 mai 2012, Rev. Soc. 2012, p. 620, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

933 S. GUENNAD, Le préjudice moral des personnes morales, thèse préc., n°223 et s, p. 156 et s.

934 S. GUENNAD, Le préjudice moral des personnes morales, n° 201, p. 141.

935 Cl. -A. MAETZ, thèse préc. spéc. n° 11 faisant référence à la conception retenue par D. Lefranc, La renommée en droit privé, Paris, Defrénois, coll. De thèses, t. 8, 2004, spéc. n° 14 p. 11.

nature professionnelle ou non d'un dommage n'a dans son principe aucun lien avec la nature des préjudices qui en découleront. Cependant, le type d'activité professionnelle va influencer la nature des préjudices subis. C'est ainsi qu'une activité non-économique pourra donner lieu à des préjudices patrimoniaux mais également extrapatrimoniaux. En revanche, dès lors que le dommage pourra être qualifié de professionnel, l'exercice d'une activité professionnelle économique ne donnera lieu qu'à des préjudices patrimoniaux[936] dont le préjudice économique. Le Professeur Jourdain a également mis en valeur ce lien[937]. Lorsque le dommage professionnel résultera d'un cas de responsabilité contractuelle, le préjudice correspondra bien évidemment à l'article 1149 du Code civil. Dans le cas d'une responsabilité délictuelle et notamment en concurrence déloyale, le préjudice patrimonial pourra consister, selon M. Bélot en un « préjudice pécuniaire », entendu comme les frais supportés par la victime (...) et plus généralement l'amoindrissement pécuniaire qui s'inscrit dans son patrimoine » et en un « préjudice économique ». Cet auteur a pu définir le préjudice économique comme le manque à gagner du fait de l'impossibilité d'exploiter ou tirer des revenus d'une chose[938]. Il y a donc lieu d'approuver la remarque de M. Nussenbaum qui établit un lien entre préjudice économique et « une activité économique de production ou de service »[939]. Cependant à l'inverse de la *Common law*, le préjudice économique ne jouit pas encore d'une définition ou d'une systématisation dans notre droit positif, mais il fait l'objet de travaux visant à le faire émerger[940]. Ainsi, nul n'est nécessaire, comme il a pu être fait[941] de s'abriter derrière la définition du préjudice

936 La réserve est importante car, des dommages non-professionnels peuvent donner lieu à des préjudices patrimoniaux.

937 P. JOURDAIN, Réparation du préjudice moral d'un établissement public, RTD civ. 2014 p. 122 : « L'hypothèse ne se rencontrera que rarement pour les sociétés qui poursuivent un but économique parce que ces troubles ou cette désorganisation de l'activité ne se traduira que par un préjudice commercial (...) ».

938 F. BÉLOT, Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français, LPA 2005, n° 258, p. 8.

939 M. NUSSENBAUM, L'évaluation des préjudices économiques, RD banc. et fin., 2013, étude 13, spéc. n° 4

940 M. NUSSENBAUM, étude préc. – cf. Colloque inaugural de l'Association des Professionnels du Contentieux Economique et Financier (actes à télécharger : http://www.apcef.com/652_p_37962/colloque-inaugural-a-la-cour-de-cassation.html) aucours duquel M. Mikaël Ouaniche a mentionné p. 10 qu'une synthèse des premiers travaux de l'APCEF paraîtrait aux Cahiers du droit de l'Entreprise de novembre 2014.

941 *Cf.* les propos de M. OUANICHE *in* Définition et évaluation des préjudices économiques des

moral des personnes physiques pour exclure le préjudice extrapatrimonial professionnel issu de l'exercice d'une activité économique.

393. Seconde explication de l'inexistence : L'incorporalité d'un bien n'emporte pas forcément l'extrapatrimonialité. Il apparaît évident que les préjudices résultant d'agissements relevant de la concurrence déloyale, donc en rapport direct avec l'activité économique, puissent appartenir à la catégorie des préjudices économiques. Ils ne sauraient constituer des préjudices extrapatrimoniaux. Par exemple, des actes caractérisant un parasitisme ou une contrefaçon auront pour conséquence une appropriation des utilités économiques des biens immatériels de la société victime[942] comme la notoriété, notion objective[943] ou comme deux notions subjectives que sont la renommée ou l'image de marque. Le caractère incorporel de ces actifs ne saurait aboutir à une dimension extrapatrimoniale des préjudices qui y sont liés[944] sans mise en cause de la personne morale elle-même, mais on se trouverait alors dans les droits de la personnalité. Le risque de confusion ne porte pas sur la personne elle-même, mais sur son activité.

394. Définition du préjudice extrapatrimonial professionnel. Pour conclure ce paragraphe, il convient de définir le préjudice extrapatrimonial professionnel. Ce préjudice peut être défini comme l'ensemble des conséquences non-économiques issues de la violation de droits subjectifs ou d'intérêts légitimes qui peuvent être classés à l'égard des personnes morales selon une typologie fonctionnelle comme professionnels. Il convient de rechercher des exemples au sein des personnes morales exerçant une activité non-économique.

---

entreprises ; Cah. dr. Entr. 2014, entretien 1. – *Cf. supra* n° 264.

942 Cl. -A. MAETZ, *op. cit.*, spéc. p. 331 s. – H. MACCIONI, L'image de marque : Émergence d'un concept juridique ? JCP G 1996, I 3934, spéc. n° 3.

943 Entendue au sens du Dictionnaire Littré comme l'état de ce qui est « connu d'une manière sûre par un grand nombre de personnes ». cité par Cl. -A. MAETZ, La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique, PUAM, 2010, spéc. n° 1.

944 N. MOLFESSIS, Chapitre VI, : La réparation du préjudice extrapatrimonial, *in* Les limites de la réparation du préjudice, Paris, Dalloz, 2009, spéc n° 18, p. 407 et 408.

§ 2 – La substance du préjudice extrapatrimonial professionnel, l'exemple des atteintes à l'environnement.

395. Affirmation du caractère professionnel dans les activité non-économiques. L'activité des associations consiste le plus souvent dans la défense ou la promotion d'intérêts ou valeurs ou encore, dans la mise à disposition ou la gestion d'une activité, d'un espace ou d'une structure. Cependant une atteinte peut être portée aux intérêts défendus au travers de cette activité professionnelle. En cela, le dommage revêt donc un caractère qualifiable de professionnel, alors-même que la patrimonialité[945] desdits intérêts défendus fait totalement défaut. Ainsi, bien que cet intérêt et le préjudice appartiennent au domaine de l'extraptrimonialité, l'atteinte peut être qualifiée de professionnelle en ce qu'elle a trait à l'activité de la personne morale dans sa dimension dynamique. Les atteintes à l'environnement semblent de ce point de vue particulièrement illustratives. La réparation des préjudices écologiques fait l'objet d'une actualité sans précédent.

396. Affirmation du caractère professionnel des atteintes à l'environnement. Le « préjudice moral » des personnes morales a longtemps été instrumentalisé en jurisprudence pour « réparer » les conséquences d'atteintes à l'environnement[946] qui relèveraient d'un intérêt collectif situé entre l'intérêt individuel et l'intérêt général. Ce préjudice moral collectif en matière environnementale est aujourd'hui décrié en doctrine, tant d'un point de vue notionnel – il a été qualifié d'oxymorique en ce qu'il ne saurait être à la fois personnel et collectif[947] – que d'un point de vue pratique – le risque de réparer plusieurs fois le même préjudice est souvent mis en avant, à raison[948]. C'est pourquoi une réflexion a été menée en vue d'une meilleure réparation des préjudices causés à l'environnement. Il a été récemment soulevé qu'en matière de dommage écologique, « les juges visent souvent en

945 Entendue dans son acception traditionnelle.
946 M. BOUTONNET et L. NEYRET, Préjudice moral et atteintes à l'environnement, D. 2010, p. 912 s.
947 C. DREVEAU, Réflexions sur le préjudice collectif, RTD civ. 2011, p. 249.
948 C. DREVEAU, art. préc. ; mais aussi Y. AGUILA, Dix propositions pour mieux réparer le dommage environnemental. Environnement, 2012 dossier 2.

réalité une atteinte à l'image d'une collectivité territoriale ou à l'intérêt moral d'une association »[949]. Cherchant à améliorer la réparation des lésions causées à l'environnement, le Club des juristes a récemment formulé dix propositions dont l'une consiste dans l'admission d'un préjudice premier, objectif, qui aurait pour siège l'environnement pourtant toujours non-personnifié. Cette proposition tend également à l'insertion dans le Code civil d'un article 1382-1 ayant pour objet la réparation de ce préjudice couramment qualifié d'« écologique pur »[950]et reconnu dernièrement par la Chambre criminelle[951]. À l'appui de cette proposition, il est fait valoir que la jurisprudence opère une confusion entre le préjudice premier objectif et le préjudice extrapatrimonial dérivé causé aux personnes morales, aboutissant à l'indemnisation de ces dernières[952]. Ainsi, dans le système proposé, la réparation de ce préjudice originaire aurait pour effet « de tarir à la source la cause des préjudices seconds ou dérivés, notamment ceux des associations. La restauration de l'atteinte à l'environnement, en réparant le préjudice premier, supprime le fait générateur des préjudices subis par ricochet »[953]. Si le système de responsabilité proposé par le Club des juristes paraît mieux à même d'assurer la remise en état des sites endommagés par une pollution que les mécanismes de responsabilité civile[954], et notamment en ce qu'il est proposé d'en assurer l'effectivité[955], il ne semble pas que les préjudices extrapatrimoniaux des associations puissent être

949 Y. AGUILA, *idem*.

950 M. BACACHE, Définir les modalités de la réparation du préjudice écologique devant le juge. - Commentaire de la proposition n° 3 du rapport « Mieux réparer le dommage environnemental » remis par le Club des juristes, Environnement, 2012 dossier n° 6, spéc. n° 19.

951 Cass. crim. 25 sept. 2014 : pourvoi n° 10-82938 ; JurisData n° 2012-021445 ; V. not. : D. 2012, p. 2673, obs. L. NEYRET, p. 2675, note V. RAVIT et O. SUTTERLIN, p. 2711, note Ph. DELBECQUE ; JCP G 2012, 1243, note K. LE COUVIOUR.

952 M. BACACHE, Quelle réparation pour le préjudice écologique ?, Environnement, 2013, étude 10, spéc. n° 13.

953 M. BACACHE, Définir les modalité..., art. préc. spéc. n° 28 – Quelle réparation…, art. Préc., spéc. n° 17.

954 Certains auteurs en proposent l'extension des fonctions, notamment indemnitaire, punitive et même préventive : L. NEYRET, L'extension de la responsabilité civile en droit de l'environnement, Resp. civ. et ass. 2013 dossier n° 29.

955 Y. AGUILA, art. préc.

totalement écartés[956]. L'« abandon de l'élément subjectif du préjudice »[957] est avancé en remède à l'absence de caractère personnel du préjudice pour les associations de protection de l'environnement parce que « le siège du dommage ne se situe pas dans la personne ou dans les biens du groupement qui en demande réparation, mais dans l'intérêt collectif, entité dépourvue de personnalité juridique[958] ». Mais la négation du caractère personnel et direct du préjudice subi par les associations de défense de l'environnement ou gérant certaines activités à l'occasion d'une atteinte au milieu naturel a de quoi surprendre quelque peu. Une telle remarque interpelle car elle porte en réalité les traces de la confusion traditionnelle entre le dommage et le préjudice. En effet si, au regard de cette distinction pourtant invoquée par les auteurs des propositions[959], l'admission d'un dommage objectif ne pose aucune difficulté, le dommage étant un fait[960], Mme Rouxel a fort bien démontré que le caractère personnel du « dommage-préjudice » devait être attribué, dans l'optique d'une séparation de ces notions, au seul préjudice et aucunement au dommage[961]. Par conséquent, il importe peu que le siège du dommage soit extérieur à la personne qui fait valoir un préjudice. Il est également invoqué par les tenants des propositions que le préjudice des associations serait un préjudice par ricochet. Nous préférons penser qu'il existe un préjudice direct n'empiétant aucunement sur le préjudice objectif que subirait l'environnement. S'il peut être admis que la disparition d'une espèce végétale ou animale d'un milieu naturel donné causé par une pollution puisse constituer pour l'environnement un préjudice objectif[962], à l'égard des associations de défense de l'environnement ou encadrant des activités s'y déroulant, ce « préjudice » paraît plutôt faire partie intégrante du dommage professionnel. Il en résulte que ces personnes morales subissent par leur seule activité finalisée des atteintes

956 Bien que cette voie soit insuffisante pour la réparation du préjudice écologique pur : F. -G. TRÉBULLE, Quelle prise en compte pour le préjudice écologique après l'Erika ? Environnement, 2013 étude 9.

957 M. BACACHE, Définir les modalité..., art. préc., spéc. n° 11.

958 C. DREVEAU, art. préc.

959 *Idem*, spéc. n° 8.

960 F.-P. BÉNOIT, Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité), JCP 1957, I 1351, spéc. n° 11.

961 S. ROUXEL, thèse préc., p. 68.

962 M. BACACHE, Définir…, art. préc., spéc. n° 8

professionnelles leur causant consécutivement des préjudices extrapatrimoniaux personnels et directs. En effet, en ce qu'il constitue l'activité professionnelle elle-même de la personne morale dans sa dimension dynamique, l'atteinte à l'intérêt en ce cas collectif génère *de facto*, un préjudice personnel et direct extrapatrimonial que la réhabilitation des sites endommagés ne permet aucunement de réparer et qu'il convient d'indemniser. Le caractère personnel et direct du préjudice extrapatrimonial est donc une conséquence du caractère professionnel du dommage. Aussi la détermination du caractère professionnel du dommage revêt une importance particulière et la jurisprudence l'a bien compris. Pour la détermination du préjudice extrapatrimonial des associations, elle opère « une comparaison entre l'activité concrète de l'association, ce qu'elle fait, et l'importance de la dégradation de l'environnement »[963]. Cette comparaison est utilisée de longue date pour caractériser le préjudice personnel et direct de l'association[964]. Ainsi, l'accent est porté sur la dimension dynamique de l'activité professionnelle qui se trouve perturbée par le dommage causé à l'environnement. Dans une étude remarquable de précision, Mme Boutonnet et M. Neyret ont à plusieurs reprises, et sous différents angles, évoqué le préjudice extrapatrimonial professionnel en cas de dommage à l'environnement[965]. Ces auteurs ont recensé plusieurs types de troubles caractérisant un préjudice extrapatrimonial propre aux personnes morales qui défendent l'environnement. Ce préjudice peut résider en premier lieu dans l'impossibilité d'exercer l'activité dans les mêmes conditions qu'avant la dégradation de l'environnement. Sont ainsi mentionnés exemples à l'appui, des préjudices de « jouissance/usage » notamment pour les fédérations de pêche et de chasse[966]. Les auteurs font référence en second lieu, toujours de façon très documentée, à la contradiction de « l'activité même de l'association » dans les efforts déployés en faveur de l'environnement réduits à néant par la

963 M. BOUTONNET et L. NEYRET, art préc.

964 Cass. 1re civ., 16 nov. 1982, Bull. civ. I n° 331. et les décisions citées au 2) de l'article de L. NEYRET, La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire, D. 2008, p. 170 et s.

965 Art. préc.

966 Idem. Ainsi le préjudice extrapatrimonial professionnel pourra résulter pour les membres de l'association de la perte des réserves animales contrecarrant l'exercice de l'activité professionnelle : Cass 2ème civ., 28 avr. 1993 : pourvoi n° 91-21691, Bull. civ. II, n° 156.

dégradation. En outre, ces efforts peuvent à notre sens inclure d'une part les mesures de protection et d'information concrètement effectuées[967] mais également la poursuite des infractions aux diverses législations touchant largement à l'environnement et ce même en l'absence d'atteinte matérielle à l'environnement[968]. La réparation des conséquences extrapatrimoniales des atteintes portées à l'activité professionnelle des personnes morales dans sa dimension dynamique, trouve donc une représentation parfaite en matière environnementale.

Section II
Les préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales issus des dommages à la personnalité.

397. L'adoption d'une démarche autonome relative aux droits de la personnalité ne prend en considération que les atteintes à l'organisation de la personne morale dans la détermination de leurs préjudices extrapatrimoniaux conduit naturellement à porter la réflexion sur l'existence de tels préjudices dont le rapport avec l'activité professionnelle ne serait qu'indirect.

§ 1 – Les préjudices extrapatrimoniaux relatifs au but de la personne morale.

398. L'organisation comme concrétisation de la dimension statique de l'activité finalisée. « L'organisation de la personne morale n'est que le moyen de

967 M. BOUTONNET et L. NEYRET, art préc. spéc. le paragraphe sur les chefs de préjudice émergents et les références citées notes subpaginales n° 23 à 29.

968 M. BOUTONNET et L. NEYRET, art préc. spéc. l'ensemble de la seconde partie de l'article et plus précisément plusieurs décisions du TI de Thionville, cf. notes subpaginales 74 et 79.

supporter l'activité de celle-ci et doit permettre d'atteindre l'objectif que ses fondateurs et membres se sont fixés »[969]. L'organisation de la personne morale est par conséquent liée à la finalité de la personne morale. Par ailleurs, bien que substrat des droits de la personnalité, ce n'est pas dans l'organisation qu'il convient de rechercher le fondement logique des droits de la personnalité des personnes morales et le préjudice en résultant. Au travers du substrat, c'est au bout du compte l'activité professionnelle dans sa dimension statique[970] qui est protégée. En effet l'organisation concrétise le plus la dimension statique de l'activité finalisée ou professionnelle. Elle en est la « réalité » la plus « sensible ». Pour cette raison, les préjudices constituent les conséquences des atteintes à la personnalité sur l'organisation de la personne morale. Il convient de distinguer le préjudice institutionnel (A) du préjudice social (B)

A – Le préjudice institutionnel.

399. Proposition de définition. Le préjudice institutionnel pourrait se définir comme le préjudice extrapatrimonial punitif qui résulterait de l'atteinte au bon fonctionnement de la personne morale. L'affirmation d'un caractère punitif pourrait surprendre mais il apparaît parfaitement justifiable.

400. La question de la double nature du préjudice institutionnel. Fille de la double nature de la personne morale qui est tout à la fois sujet de droit construit et ordre juridique partiel, la protection de la personnalité organisationnelle possède ce même caractère. Elle est un droit spécial de la personnalité dans l'ordre externe et une quasi-infraction dans l'ordre interne[971]. Tel un caractère génétique, la dualité de l'atteinte devrait se transmettre au niveau préjudice extrapatrimonial. En toute logique, le préjudice institutionnel posséderait à son tour une double nature en ce qu'il constituerait une quasi-peine et un préjudice.

401. Évanescence du préjudice. Cependant, on se trouve ici confronté à

969 L. DUMOULIN, Droits de la personnalité des personnes morales, Rev. Soc. 2006, p. 1, spéc. note subpaginale n° 85.
970 *Cf. supra* n° 138.
971 *Cf. supra* n° 318 et s.

l'évanescence du préjudice institutionnel. On pourrait le rechercher dans la paralysie de l'être moral ou dans la négligence de la démocratie interne qui est contraire à l'intérêt de la société. Mais ces éléments sont retenus dans la détermination de l'abus et constituent par conséquent la faute. Le raisonnement devient tautologique et la dimension indemnitaire difficile à motiver.

402. La dimension quasi-infractionnelle au secours de la finalité de la personne morale, ordre juridique partiel. Faut-il pour autant en conclure que la personnalité organisationnelle ne mérite aucune protection ? Nous ne le pensons pas et le caractère quasiment infractionnel va jouer un rôle salvateur. Le caractère principal du droit pénal est d'édicter des sanctions relatives à des comportements inacceptables dans un ordre juridique donné. Ainsi, par analogie, il faut admettre que le caractère quasi-infractionnel de la protection de la personnalité organisationnelle doit avoir pour conséquence l'allocation de dommages et intérêts punitifs sanctionnant les atteintes à l'ordre juridique partiel de la personne morale, à son mécanisme. Une réponse entraînant une nouvelle question, il convient de s'interroger sur le fondement de cette sanction. Le fondement principal pourrait être l'article 1382 du Code civil, mais l'analogie avec le droit pénal doit-elle pousser les personnes morales à déterminer dans leurs statuts des clauses pénales ? Cela aurait pour conséquence singulière de donner naissance à une action relative à un droit de la personnalité ayant pour cause le contrat ou l'acte fondateur de la personne morale. Cependant, cela ne doit pas être un obstacle du fait de l'adoption d'une démarche autonome. Le recours à une peine privée peut être d'autant plus fondé que la finalité de l'activité professionnelle est légalement déterminée pour de nombreuses personnes morales et notamment les sociétés.

B – Le préjudice social, masque de la personne morale.

403. Définition du préjudice social. Bien que ne tenant pas compte de la distinction entre le dommage et le préjudice, la définition du préjudice social donnée par M. Petit convient parfaitement. Bien que ne pouvant souffrir psychologiquement de l'altération de leur personnalité sociale, les personnes morales peuvent obtenir réparation en cas de dégradation de leur représentation

dans la société[972]. Cette dégradation constitue leur préjudice extrapatrimonial.

404. Le préjudice social : façade la plus « juridiquement correcte » de la difficulté pour l'être moral d'atteindre sa finalité par l'atteinte à son organisation. Néanmoins, on ne peut s'empêcher de rechercher la raison d'être d'une telle protection de la représentation de la personne morale en dehors de son préjudice patrimonial. Est-il possible que l'organisation soit protégée au titre du préjudice social ? Répondre par l'affirmative serait oublier que l'organisation-organisme n'est qu'une interface entre la dimension fonctionnelle de la personne morale et les tiers. Elle permet à la personne morale d'accéder à la vie juridique, « de pouvoir participer au jeu social »[973], et d'y exercer son activité professionnelle. L'organisme est donc la seule « réalité » pouvant être « touchée » par des atteintes à la personnalité des personnes morales, mais ce n'est pas dans l'organisation qu'il faut rechercher la personnalité protégée. Il semble qu'au travers de l'intégrité des relations avec les tiers, la protection s'exerce au bout du compte sur la finalité de l'activité professionnelle de la personne morale. L'élément essentiel qui justifie son existence comme personne juridique n'est autre chose que son activité finalisée[974] ou professionnelle. Le préjudice social résultant des atteintes à l'organisation-organisme et l'organisation étant liée au but de la personne morale, rien n'interdit de penser que le préjudice social soit, tout comme l'organisation, lié à la finalité de la personne morale. Or, l'activité professionnelle possède deux dimensions, dont l'une est statique et concerne la finalité de la personne morale. Cette dimension participe de la construction du sujet de droit en ce qu'elle est déterminante dans le choix la forme de personne morale. Ainsi, l'accomplissement par la personne morale de son but parfois légalement déterminé, raison d'être de la personnification, impose que ces personnes aient à leur disposition des moyens d'individualisation et d'identification qui vont leur permettre d'être opposables aux tiers. Mais une définition du préjudice

---

972 F. PETIT, Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personne morales, D. Affaires 1998, p. 826.

973 X. BIOY, L'usage du concept de « personne » en droit, *in* Les concepts en droit : usages et identités, Cahiers de méthodologie juridique, RRJ, n° spécial 26, PUAM, 2012.

974 J. DABIN (*in* Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952, p. 175) n'a-t-il pas considéré que la finalité relevait de l'être de la personne morale ?

extrapatrimonial fondé sur ce caractère finaliste pose un problème de taille, celui de son évaluation. Un montant forfaitaire est bien entendu à proscrire en ce qu'il confinerait à la peine privée qui est l'une des principales critiques adressées par certains auteurs aux préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales[975]. Une évaluation fondée sur un jugement de valeur porté sur le but de la personne morale doit également être écarté. Le juge n'a pas à apprécier la noblesse de la finalité poursuivie. Ainsi, un préjudice social est juridiquement plus acceptable, bien qu'il comprenne une part de préjudice de remise en question du but de la personne morale.

§ 2 – Le préjudice communautaire.

405. La personne morale, une communauté. Il est de fait qu'aujourd'hui, le groupement de personnes n'est plus le fondement de la personnalité attribuée aux personnes morales, et la simple possibilité de créer des sociétés unipersonnelles en atteste[976]. Cependant, il peut être constaté que les personnes morales associations, fondations et bien évidemment sociétés, hormis le cas particulier de sociétés unipersonnelles dépourvues de personnel autre que leur associé unique, constituent dans l'immense majorité des cas une communauté. Cette dernière ne possède pas seulement une réalité sociologique et factuelle[977]. Elle jouit également d'une réalité juridique.

406. Réalité juridique de la communauté agissant au sein de la personne morale par l'érosion naissante de la distinction traditionnelle entre membres propriétaires et salariés. La réalité juridique de la communauté existant au sein d'une personne morale semble passer, notamment dans les grandes sociétés, par la mise en place de mécanismes d'épargne salariale et de prévoyance au sein des

975 Parmi d'autres V. : M. WESTER-OUISSE, Le préjudice moral des personnes morales, JCP G 2003, I 145, spéc. n° 14.

976 J. PAILLUSSAU, Le droit moderne de la personnalité morale, art. préc. n° 5 et 6.

977 Il n'est pas rare de voir les personnes morales ayant une certaine importance organiser pour leur personnel des stages et séminaires destinés à renforcer la cohésion et la coopération de leurs équipes.

entreprises. Face à la multiplication de dispositifs, particulièrement ces dernières années, certains ont pu relevé le caractère extensible de la notion de rémunération[978]. Divers instruments participent de cette extension au travers notamment des mécanismes légaux obligatoires, tels que la participation[979] ou la prime de partage des profits[980] ou facultatifs tels que les accords d'intéressement ou les plans d'épargne salariale qu'ils soient internes ou interentreprises. Ces derniers dispositifs peuvent être mis en place dans toutes les formes de personnes morales[981]. Il semble qu'une érosion, certes limitée, de la distinction entre salariés et actionnaires[982] peut être mise en exergue. L'effritement de cette distinction tendrait non vers une assimilation entre ces deux qualités mais plutôt à révéler l'existence d'une communauté existant au sein des personnes morales. Si l'on prend pour exemple l'intéressement, il semble qu'un rapprochement entre les qualités d'associé et de salarié apparaisse parfois, au détour de la conjonction de règles. Ainsi, le principe de non-substitution de l'intéressement au salaire[983] couplé à la nécessité d'un aléa dans la détermination de la prime (en fonction des résultats ou des performances de l'entreprise) fait que ces sommes pourraient être rapprochées non plus de celles perçues en contrepartie d'un travail, mais plus singulièrement de celles issues de titres de propriété sur la personne morale, telles que les actions ou parts sociales dans les sociétés. Dans des cas qui sont loin de concerner toutes les personnes morales, la paroi entre salariés et associés paraît encore plus friable du fait de la possibilité pour les sociétés par action d'attribuer à leurs salariés et mandataires sociaux des actions existantes ou à

978 C. MILLET-URSIN, Enjeux et mutations en matière de rémunération. JCP S 2010, 1321.

979 La participation aux résultats de l'entreprise peut néanmoins être mise en place de manière facultative dans les entreprises qui ne sont pas légalement tenues. Cependant, étant dépourvues de but lucratif, les associations ne sont pas soumises aux obligations légales en la matière : voir notamment CA Paris, 25 avr. 1986, Cohen et a./ Soc. d'encouragement pour l'amélioration des races de chevaux.

980 Récemment mis en place par une loi n° 2011-894 du 28 juil. 2011, ne concerne que les sociétés commerciales. Ainsi nombres d'acteurs économiques sont exclus de ce dispositif : les entrepreneurs individuels, les GIE, les sociétés coopératives agricoles, les SCOP, les mutuelles, les sociétés d'assurance mutuelle (Circ. intermin. 29 juil. 2011, quest. 1).

981 Art. L. 3312-2 du Code du travail pour l'intéressement et L. 3332-1 du même code pour les plans d'épargne d'entreprise.

982 Notion elle-même en mutation : J. LEDAN, Nouveaux regards sur la notion d'associé, Dr. sociétés 2010, étude 17.

983 Et sommes assimilées.

émettre[984]. Cependant, la loi pose certaines limites. En effet elle dispose qu'« une attribution gratuite d'actions ne peut pas (…) avoir pour effet que les salariés et les mandataires sociaux détiennent chacun plus de 10% du capital social »[985]. Ainsi, bien que la différence entre associés et salariés se maintienne et pour longtemps encore, une fugace confusion des rôles s'installe au bénéfice des salariés dont la rémunération ne se limite plus à la simple contrepartie de la mise à disposition de l'employeur personne morale de leur force de travail. Une certaine partie de la rémunération des salariés de ces sociétés emprunte aujourd'hui des caractères ou même la forme de celle des associés. Cette évolution de la notion de rémunération des personnels vers l'actionnariat nous semble constituer un signe de l'existence d'une communauté agissant au sein des personnes morales. On en trouve également la trace par l'utilisation grandissante de la notion d'intérêt social en droit positif.

407. Réalité juridique de la communauté agissant au sein de la personne morale par l'usage accru de la notion d'intérêt social en droit positif. Plus fondamentalement, l'existence de cette communauté transparaît de plus en plus et pas seulement en ce qui concerne les droits pécuniaires des salariés des personnes morales. C'est le cas notamment par l'intégration croissante de la « stakeholders theory » en droit positif dans le but d'améliorer la gestion des entreprises dont le vêtement juridique est une personne morale. La prise en compte de l'impérieuse nécessité d'opérer une conciliation d'intérêts pourtant divergents au sein de l'entreprise porte le sceau implicite mais néanmoins évident de l'intérêt porté par le droit positif à la communauté agissant au sein de la personne morale. Ce qui signale l'existence de la communauté, c'est moins le caractère parfois antagoniste des intérêts au sein d'une personne morale que le fait que les salariés et leurs intérêts propres soient pris en considération à côté de ceux des actionnaires. On peut alors parler de « stakeholders » internes qui regrouperaient les associés, et les participants[986]. En premier lieu, on peut

984 Art. L. 225-197-1 et s. du Code de commerce.
985 Art. L. 225-197-1-II al. 3 du Code de commerce.
986 F. -G. TRÉBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés (première partie), Bull. Joly 2006, p. 1337.

constater que les salariés, inclus comme parties prenantes peuvent intervenir dans la gestion des sociétés anonymes seulement si l'on se base sur les dispositions légales[987]. On peut parfaitement imaginer l'extension de ces mêmes dispositifs de manière volontaire dans d'autres groupements pour peu que leur organisation interne reprenne celle de ces sociétés. Cette prise en considération peut également prendre la forme, issue cette fois de la jurisprudence, d'une inclusion de l'intérêt des salariés et dirigeants dans le standard que constitue pour certains l'intérêt social[988]. Pour résumer le contenu de cette notion fondamentale[989], on a pu en dénombrer trois conceptions[990]. Une première est jugée « court-termiste ». Elle consiste dans l'intérêt des seuls associés. Une seconde conception voit l'intérêt social comme celui de l'ensemble des parties prenantes, dont l'État et les clients de l'entreprise, alors qu'une troisième acception y voit l'intérêt supérieur de la personne morale. Certains ont tenté une conciliation de ces conceptions en y intégrant un élément temporel. Ainsi, il existerait un intérêt social immédiat, celui des actionnaires, et un autre différé qui serait celui de l'entreprise[991]. Au fond, on retrouve dans ces différentes compréhensions, le débat déchirant la doctrine commercialiste entre les thèses sur la nature contractuelle ou institutionnelle des sociétés. Cependant, l'intérêt des salariés se trouve pris en compte au même titre que celui d'autres catégories internes à l'entreprise de façon à déterminer l'intérêt de la personne morale. Là encore, il est permis d'y voir une reconnaissance implicite de l'existence d'une communauté agissante au sein de la personne morale. Cette collectivité est donc reconnue en droit positif et il nous semble naturel, si ce terme peut convenir aux êtres artificiels, qu'elle trouve une traduction et une protection au titre du préjudice

---

987 Pour un historique de ces prises en compte, cf. J. -Cl. Sociétés Traité, Fasc. 130-60 par E. JEANSEN, 2011,

988 J. -P. BERTREL, Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés, RTD com. 1996, p. 597. Plus particulièrement sur la notion d'intérêt social : D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, JCP G 1994, I, 404 ; A. COURET, L'intérêt social, JCP E 1996, Cah. dr. entr., p. 1 ; M. GERMAIN, L'intérêt commun des actionnaires, *idem* p. 15 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, RTD com. 2004, p. 35 .

989 Cl. BAILLY-MASSON, L'intérêt social, une notion fondamentale, LPA 09 nov. 2000, n° 244 p. 6.

990 J. BUHART, Intérêt social, JCP G 2010, 617.

991 J. -P. BERTREL, art. préc. spéc. n° 50 parle d'intérêt immédiat.

extrapatrimonial issu d'atteintes aux droits de la personnalité.

408. Reconnaissance doctrinale de la collectivité et substance du préjudice communautaire. La doctrine œuvre également dans le sens d'une reconnaissance de la communauté impliquée par l'action d'une personne morale. Il peut être constaté que même les plus ardents partisans actuels de la théorie de la fiction des personnes morales qui nient l'existence de tout préjudice moral de ces personnes[992] sont aujourd'hui contraints de relever que « l'intérêt d'un groupement va bien au-delà des seuls associés, une entreprise étant avant toute chose une communauté de travail, de création, de projet »[993]. D'autres, favorables au préjudice moral des personnes morales, reconnaissent également l'existence de cette communauté en établissant la substance du préjudice communautaire. C'est notamment le cas du Professeur Stoffel-Munck dans son fameux article. Cet auteur a établi que des atteintes à la probité ou à l'image financière d'une personne morale lui créent par contrecoup des préjudices en ce qu'ils ont des conséquences sur « la fidélité, le dynamisme, la cohésion des membres d'une communauté d'entreprise [qui] sont une ressource déterminante des performances de la personne morale qui demeure, fondamentalement une collectivité humaine »[994]. D'autres envisagent la communauté comme source de la personnalité sociale laquelle naît « des efforts de ses organes, de ses membres et de son personnel »[995]. Le préjudice communautaire réside dans les répercussions négatives que l'atteinte aux droits de la personnalité de la personne morale cause à la collectivité qui est fédérée par et au sein de l'être moral. Ainsi, les atteintes aux droits de la personnalité entraînent la dégradation de l'intégrité de la communauté, ce qui se traduit par exemple par une baisse de motivation ou pire, par des départs de personnels ou la perte de soutien d'actionnaires. Par conséquent, ce préjudice est bien différent de ceux étudiés jusqu'ici. Le préjudice communautaire s'appuie à notre sens sur la conscience d'appartenance à un

992 V. WESTER-OUISSE, Le préjudice moral des personnes morales, JCP G 2003, I, 145.
993 V. WESTER-OUISSE, Dérives anthropologiques de la personnalité morale : ascendances et influences, JCP G 2009, I 137.
994 Ph. STOFFEL-MUNCK, Le préjudice moral des personnes morales, art. préc. spéc. n° 26.
995 F. PETIT, Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales, D. Aff. 1998, p. 826, spéc. p. 827.

groupe ce qui relève au fond des sentiments des personnes physiques qui le compose. Les autres atteintes à la personnalité paraissent moins aptes à induire des sentiments au sein de la communauté en réaction.

Conclusion du chapitre II.

409. Les personnes morales sont susceptibles de subir des préjudices extrapatrimoniaux. Ceux-ci peuvent être classés en fonction de la nomenclature fonctionnelle des atteintes à leurs droits subjectifs ou intérêts juridiquement protégés. Cependant, si tous les types de personnes morales peuvent potentiellement endurer des préjudices extrapatrimoniaux relatifs à leur personnalité, ce n'est pas vrai pour les préjudices extrapatrimoniaux professionnels. La nature de l'activité exercée pourra exclure ce type de préjudices. C'est le cas des personnes morales exerçant une activité économique.

410. Les préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales pouvant être qualifiés de non-professionnels sont issus de dommages relatifs à leur personnalité. Les conséquences d'atteintes à la personnalité organisationnelle donneront lieu à un préjudice institutionnel. Compte tenu de la double nature de l'atteinte et de l'impasse de la dimension réparatrice, il apparaît raisonnable d'admettre que ce préjudice ne peut avoir pour autre forme que des dommages et intérêts punitifs. Les conséquences d'une altération de la personnalité sociale se traduiront par un préjudice social, seul à même de réparer au bout du compte les difficultés pour la personne morale d'atteindre son but en pareil situation. Enfin, le préjudice communautaire constituera la réparation des atteintes à la communauté agissant au sein de la personne morale.

Conclusion du titre II.

411. Une détermination autonome de droits de la personnalité est possible. Elle permet d'envisager un droit spécial de la personnalité propre aux personnes morales comme la protection de la personnalité organisationnelle, mais également d'effectuer un double constat. Le rapport direct avec l'activité professionnelle permet tout d'abord d'éclairer la personnalité sociale des personnes morales. La démarche autonome autorise également à propos de d'une éventuelle vie privée des personnes morales, une dissociation des protections relatives aux contenants de la vie privée et d'écarter l'applicabilité des protections du contenu, sauf dans des cas peu nombreux.

412. Les conséquences des atteintes aux droits de la personnalité peuvent être d'ordre patrimoniales, mais pas seulement. La démarche autonome permet une caractérisation de préjudices extrapatrimoniaux propres aux personnes morales. Certains dépendent de dommages relatifs à l'activité professionnelle de l'être moral, d'autres plus spécifiquement d'atteintes à leur personnalité. Ils sont donc des préjudices extrapatrimoniaux non-professionnels.

Conclusion de la seconde partie.

413. La démarche analogique de détermination des droits de la personnalité des personnalité des personnes morales doit être rejetée tant les personnes physiques et morales ont des caractéristiques différentes. Cette méthode conduirait soit à considérer que les personnes morales seraient privées de certains droits, soit à « triturer » les droits de la personnalité pour les rendre compatibles. En contrepoint, Mme Dumoulin a exposé un raisonnement qui permet d'envisager les droits de la personnalité des personnes morales « *ex nihilo* » à partir des caractéristiques communes à l'ensemble des personnes morales. La finalité et l'organisation constituant les deux piliers des personnes morales, les droits de la personnalité devraient, selon cette méthode, être fondés sur ce cadre. Cependant à l'examen, la démarche autonome souffre de certaines incertitudes qui justifient sa modification et notamment en ce qui concerne les droits accordés aux personnes morales. Le pilier fonctionnel doit être écarté, la personnalité protégée ne pouvant reposer que sur l'organisation (organisme, mais également mécanisme), substrat de la protection. Le recours à un tel substrat prenant en considération l'ensemble de la dimension « non-fonctionnelle » des personnes

morales légitime la protection de deux personnalités, l'une organisationnelle et l'autre sociologique. La distinction encore doctrinale entre le dommage et le préjudice est un ressort utile de la démarche autonome de protection des personnalités organisationnelle et sociale. Ces droits de la personnalité doivent être rattachés au dommage alors que les conséquences de leur violation relèvent du préjudice.

414. La démarche autonome aboutit à repenser le schéma des droits de la personnalité en droits communs et en droits spéciaux de chaque type de personnes juridiques. En dépit des doutes quant à la découverte de droits de la personnalité propres aux personnes morales, il semble que l'un d'eux existe et soit relatif au fonctionnement normal de l'organisation-mécanisme. D'autres droits plus classiques concernent la personnalité sociologique, externe. Le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle peut aider à distinguer les droits de la personnalité dans certaines situations. En ce qui concerne la personnalité sociologique interne, il semble que seule la protection des droits de contenant, assimilés à la vie privée pour les personnes physiques, soit admissible. Le fondement théorique des droits de la personnalité des personnes morales réside dans les préjudices qu'ils engendrent. Ceux-ci peuvent être extrapatrimoniaux et réparent différentes conséquences des atteintes à la finalité de l'activité professionnelle ou à la communauté agissant au sein de l'être moral.

Conclusion générale.

415. Rappel de la perspective. Il n'est plus possible de le nier : la jurisprudence considère aujourd'hui que les personnes morales sont bien plus que leur seule activité professionnelle. La conceptualisation nouvelle effectuée en ces pages a eu pour but de rechercher des outils afin d'améliorer la cohérence des solutions adoptées en droit de la consommation et eu égard aux droits de la personnalité. Finalement, si la différence entre personnes physiques et morales reste évidemment d'actualité, la personne morale ne peut plus être techniquement perçue comme dotée d'une personnalité amoindrie. Par la reconnaissance d'une personnalité non-professionnelle, elle accède en effet aujourd'hui à une personnalité, certes propre à sa nature, mais que l'on peut néanmoins considérer comme complète.

416. Remise en cause du modèle de la personnalité juridique calqué sur la personne physique. Le fait est que notre droit est fondamentalement un droit des personnes physiques adapté ça et là aux personnes morales. La personne

physique, vêtement juridique de la personne humaine, a servi de modèle pour forger le concept de personnalité juridique et, par application, la réalité juridique qu'est la personnalité morale. Le droit tirait diverses conséquences juridiques de la personnalité physique et les appliquait ou non aux personnes morales selon une logique analogique. Le Professeur Reinhard relevait il y a peu que « la primauté de la personne physique est indiscutable, la personne morale ne vient qu'en second lieu et il semble (...) qu'il n'y a pas de point de convergence entre les personnes physiques et les personnes morales, qu'il ne doit pas y en avoir (...). »[996]. Le parachèvement de la personnalité des personnes morales laisse cependant penser qu'aujourd'hui cela n'est peut-être plus aussi vrai. M. Raymond Martin a fait valoir que le sujet de droit se différenciait de la personne humaine, qu'il ne serait « qu'une fonction abstraite, dans un système lui-même abstrait des rapports que l'on nomme juridiques, et qui sont le résultat d'une activité spécifique de l'homme »[997]. L'autonomie de la méthode aboutissant à l'avènement de cette nouvelle personnalité morale, déconnectée de support palpable ne peut-elle pas entraîner une remise en cause du modèle de la personnalité juridique et « poser la question de la « fictivité » du sujet de droit individuel » [998]? Deux possibilités sont envisageables. La première serait une véritable inversion du modèle. La personne morale deviendrait le sujet référent et la personne physique, un sujet secondaire dont les particularismes devraient être pris en compte dans certains domaines, comme les droits de la personnalité par exemple. Une seconde proposition peut également être formulée, moins dérangeante toutefois. Elle consisterait dans l'existence d'un modèle standard de la personnalité qui, à l'image de la présentation des droits de la personnalité proposée par Mme Dumoulin, présenterait les caractéristiques communes aux deux types de personnes. À côté de ce standard, existerait deux applications, les personnalités physiques et morales, dotées d'attributs propres.

417. Nouveau modèle, nouvelles interrogations. Cependant en des temps où la

---

996 Y. REINHARD, Quels point de convergence et de divergence entre la personnalité physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ?, Dr. fam. 2012, dossier n°9.

997 R. MARTIN, Personne et sujet de droit, RTD civ. 1981, p. 785, spéc. N° 13, p. 794.

998 *Idem*.

science progresse à une vitesse jamais égalée, on peut légitimement se demander pourquoi notre droit se limiterait à deux figures de la personnalité. En admettant un tel changement de modèle de pensée, il est parfaitement concevable que d'autres personnes puissent émerger. Étrangement les deux concepts philosophiques de nature et de « technoscience » traditionnellement opposés pourraient se retrouver dans la reconnaissance de nouvelles personnes. Dans le domaine de la science du vivant, l'animal pourrait prétendre à sa propre personnalité juridique. Mais la science du vivant ne sera pas le seul domaine à pouvoir nous interroger sur l'admission d'une nouvelle forme de personne. Les progrès en matière d'intelligence artificielle donneront lieu, à n'en pas douter, à de telles interrogations juridiques dans l'avenir[999].

418. Esquisse de critique. Au-delà des arguments philosophiques en faveur ou en défaveur de ces hypothétiques nouvelles personnes et les dangers qui ne manqueront pas d'être relevés, il convient de mettre en valeur un argument de pure logique qui sera une amorce de critique. À considérer que l'admission d'une personnalité juridique autonome des personnes morales induise finalement une modification du modèle standard de la personnalité calqué sur celle des personnes physiques, ce phénomène risque en toute logique, de se poursuivre à chaque admission d'une nouvelle personne juridique. Ainsi, au fur et à mesure de l'élargissement de la personnalité juridique, on assisterait probablement à un curieux double phénomène qui révélerait à la fois un approfondissement de la personnalité commune par l'adoption de critères ou de droits qui soient communs à toutes les catégories de personnes, mais également à une plus grande imprécision du fait-même de la généralisation du standard. Dès lors cet élargissement pourrait aboutir[1000], soit, par un effet mécanique, à brouiller la distinction entre les personnes et les choses.

---

999 Les créations de la science-fiction et leurs excès s'en sont déjà pleinement saisies.

1000 V. la contribution de J. -P. MARGUÉNAUD, La distinction des personnes et des choses, Dr. fam. 2013, étude n° 5, spéc. n° 22. qui propose, sur la base de la directive n° 2010/63/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 sept. 2010 relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques, de réduire le critère de la personnalité juridique à « l'aptitude à souffrir déjà que la capacité à raisonner un jour ». Une telle réduction aurait pour conséquence de faire disparaître les personnes morales. De même, pour Madame BARUCHEL, la personnalité reposerait sur l'intérêt défini comme l'aptitude à agir… *in* La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, spéc. n° 499, p. 287.

Index alphabétique

Les numéros correspondent aux numéros de paragraphes.

A

Abus du droit de vote : 319, 323, 324, 326, 401

Accessoire : 110 et s, 215

Acquéreur non-professionnel : 9, 15, 21, 46, 68

Acte de gestion courante : 230 et s.

Activité :
- Absence dans les théories de la personnalité morale : 130, 134
- Commerciale : V° ce mot
- Économique : V° ce mot
- Manque de définition : 167
- Omniprésence : 26 et s.
- Professionnelle : V° ce mot

Activité agricole : 167, 231 et s.

Activité commerciale : 183 et s.

Activité économique : 176, 178 et s.

Activité libérale : 187

Activité non-professionnelle :
- Activité non-économique : 238
- Activité de service public : V° Personne morale en charge d'un service public
- Extrapatrimonialité : 239
- Fréquence : 241
- Par nature : 238, 240

Activité professionnelle :
- Autonomie : 169 et s.
- Définition : 192 et s.
- Dimension dynamique : 138, 140 et s., 295, 352, 354, 355 et s., 363, 375 et s. , 395 et s.
- Dimension statique : 138, 140 et s., 295, 352, 362 et s., 398, 404
- Fait juridique :204 et s., 207
- Fréquence : V° *infra* seuil
- Objet : V° ce mot
- Personne physique: 167, 170 et s.
- Seuil : 199 et s., 215, 229, 240 et s.
- Spécialité : V° ce mot

Activité de prolongement : 231 et s.

Activité réelle : 78,79, 148, 149

Activité déclarée : 79

Analogie :
- Droits de la personnalité : V° Méthode analogique
- Ordre juridique partiel : V° ce mot

Atteinte : V° Dommage

C

Cause : 96 et s., 160

Clause d'harmonisation : 33 et s.

Commerçant : 183 et s.

Compétence : 49, 50, 72, 95

Concrétisation :
- Activité réelle : V° ce mot
- Gradation : 140 et s.
- Personnalité fonctionnelle : V° ce mot

Considération : V° diffamation

Consommateur :
- Droit européen : 32 et s.
- Droit interne : 37 et s.
- Personne morale : 1, 31, 32
- Personne physique : 1, 31, 32
- Unification de la qualification : 37, 38, 39 et s.

Contrat :
- Objet : 219 et s. 229
- -s utiles à l'activité professionnelle : 208, 209 et s.
- -organisation : 306
- Relationnel : 161,162

Critère finaliste :
- Définition de l'activité professionnelle : V° Objet de la personne morale
- Contradiction : 75
- Limites de la vie : 103 et s.
- Relâchement du lien direct : 85 et s.
- Raison du relâchement : 92, 96 et s.

Critère de l'objet :
- Comparaison : 217, 219 et s.
- Logique économique : V° activité de prolongement

Critique de produits : V° diffamation

D

Dénomination sociale :
- Activité réelle : 149
- Attribut de la personnalité : 295, 333
- Droit au respect de la -:333
- Notoriété : 333,347
- Organisme : 311
- Rapport direct : 362,363

Diffamation :
- Critique de produits : 355 et s.
- Personnalité sociale : V° ce mot

Dommage :
- Classification fonctionnelle : 293, 294
- Corporel : 258
- Distinction préjudice : 258, 265
- Matériel : 258, 390, V° préjudice
- Professionnel : V° préjudice extrapatrimonial professionnel
- Typologie descriptive : 292

Droit au bon fonctionnement institutionnel :
- Abus du droit de vote : V° ce mot

• Dimension quasi-infractionnelle : 327
• Droit : 322, 323 et 324
• Droit de la personnalité : 323 et s.
• Préjudice institutionnel : V° ce mot
• Principe : 319 et s.

Droit de contenu : 372
• Confidentialité : 374, 375, 378, 379
• Secret des affaires : 376, 377

Droit à l'image : V° Image

Droits de la personnalité :
• Aménagements : 270, 271
• Définition : 4, 325
• Dénaturation: 273, 279 et s.
• Droits extrapatrimoniaux : 256
• Dualisme: 335
• Méthode analogique : 255 et s. et V° ce mot
• Méthode autonome : V° ce mot
• Monisme: 335
• Patrimonialisation : 335, 336, 337

Droit de rétractation immobilier : V° acquéreur non-professionnel

E

Entreprise :
• Droit de la concurrence : V° Activité économique
• Droit social : 182

F

Finalité :
• Activité professionnelle des personnes physiques : 173
• - objectivée du contrat : V° Cause

Finalité-objet : 198

H

Honneur : V° diffamation

I

Image de la personne morale : 358
• Droit à l'- : 334

Image de marque : 336, 349, 354,393

Intérêt légitime :
• Atteinte : 293
• Théories de la personnalité morale : 134, 135 et 136

Intérêt social :
- Droit au bon fonctionnement institutionnel : V° ce mot
- Préjudice communautaire : 407
- Préjudice institutionnel : 401

L

Lucrativité : 172

M

Marque : 155, 288, 295, 333 et s.,336, 346 et s., 358

Mécanisme :
- Notion : 303, 305
- Ordre juridique partiel : V° ce mot
- Substrat : V° ce mot

Méthode analogique : 144
- Critiques : 253 et s., 259, 261 et s.,269 et s., 273 et s., 283 et s., 285, 286, 298, 325, 345, 373
- Exposé : 255 et s.
- Substrat : V° ce mot

Méthode autonome : 257, 265, 267, 275, 284, 286 et s., 313, 314, 315, 325, 327, 384 et s., 397, 402, 411 et s.
- Exposé : 288
- Incertitudes : 289 et s.
- Modification : 287, 291, 296

Mobile : V° finalité

Monisme :
- Droit de la personnalité : 335
- Société : 288, 289
- Système doublement moniste : V° notoriété
- Vie personnelle: 280, 281

N

Non-professionnel :
- Autonomie : 30, 42 et s., 45 et s.
- Critère : V° critère finaliste, critère de l'objet, rapport direct

Notoriété :
- Bien : 337, 393
- Dénomination sociale: 333
- Notion : 330
- Personnalité sociale : 337, 354
- Source: 337,345, 346 et s., 354
- Système doublement moniste : 337, 353, 354

O

Objet de la personne morale : 78
- Caractère potestatif : 81
- Dépassement : 99
- Dilatation : 80

Objet de l'activité professionnelle : 203

Objet du contrat : 223

Obligation aux dettes : 307

Opposabilité :
- Dénomination sociale : 333
- Organisme : 310
- Personnalité morale : 125
- Personnalité organisationnelle: 325

Ordre juridique partiel : 306, 321

Organisation :
- Contrat : V° ce mot
- Mécanisme : V° ce mot
- - juridique : 301, 302
- Organisme V° ce mot

Organisme : 303, 309 et s.

P

Personnalité :
- Droits de la - : V° ce mot
- Fonctionnelle : 144 et s., 291 et s.
- Fonctionnement (de) : 146, 156, 158, 159 et s., 377
- Non-fonctionnelle : 252
- Non-professionnelle :
- Organisationnelle : 305 et s., 318 et s.
- Professionnelle : 13, 143, 146, 147, 153, 155, 158, 161, 164, 251, 293 et 294, 354
- Sociale : V° ce mot

Personne morale :
- Autonomie : 311
- Définition : 2, 133
- Faux critère du professionnel : 10 et s.
- Limites de la vie : V° Critère finaliste
- Organisation : V° Organisation juridique
- Présomption de « professionnalité » : 122, 123
- Protection indifférente : 13, 14 et s., 18 et s., 23 et s.
- Service public : V° Personne morale en charge d'un -.
- Sujet de droit : 301
- Technique d'autonomisation : 125
- Valeurs : 341 et s.

Personne morale en charge d'un service public :
- Activité professionnelle : 197, 242
- Bénéficiaire du droit de la consommation : 244, 246
- Distinction SPA/SPIC : 246
- Droit de la consommation, critère : 246
- Droit de la consommation, source de la légalité : 243

Personnalité sociale :
- Analogie : 255,266
- Droits : 332 et s.
- Notions perturbatrices : 335 et s.
- - professionnelle : 353 et 354
- Rapport direct : 353 et s., 355 et s., 362 et s.
- Source : 340, 345 et s., 349 et s.
- Substrat : 295,298, 309 et s.

Préjudice :
- Communautaire : V° ce mot
- Distinction dommage : V° ce mot
- Économique : V° ce mot
- Extrapatrimonial : 258
- Institutionnel : 399 et s.
- Matériel : 260, V° dommage
- Moral : 258
- Patrimonial : 258, 259, 265, 389 et s., 391, 393, 404
- Social : 403 et s.

Préjudice communautaire :
- Communauté : 405, 408
- Réalité juridique : 406, 407
- Substance : 408

Préjudice économique :
- Définition : 390, 392
- Distinction préjudice extrapatrimonial : 259, 260 et s.

Préjudice extrapatrimonial des personnes morales :
- Autonomie :260 et s., 265
- Professionnel : V° ce mot
- Reconnaissance :260 et 261

Préjudice extrapatrimonial professionnel :
- Activité économique : 391 et s.
- Atteinte à l'environnement : 395 et 396
- Principe : 389, 390

Profession libérale : 178, 187

Professionnel :
- Droit de la consommation :
- -s de même spécialité : V° spécialité

R

Rapport direct (critère) :
- Absence de définition : 70
- Choix incohérent : 53 et s.
- Conception économique : 212, 213
- Conception finaliste : V° Critère finaliste
- Contrôle de l'appréciation : 65 et s.
- Critère de l'objet : V° ce mot
- Personnalité sociale : V° ce mot
- Terminologie pléthorique : 71

Renommée : 330, 349, 354, 391

S

Service public : V° Personne en charge d'un -.

Spécialité :
- Objet de l'activité professionnelle : V° ce mot
- Professionnels de même - : 219 et s.

Stakeholders : V° préjudice communautaire

Substrat :
- Définition analogique : 298 et s.
- Organisation : V° ce mot
- Personnalité organisationnelle : 305 et s.
- Personnalité sociale : 309 et s.

V

Vices cachés : 203, 219 et s.

Vie privée :
- « Alocatiosation » : 275
- « Aprofessionnalité » : 276 et s.
- Droit de contenant : 381
- Droit de contenu : V° ce mot
- Salarié (du) : 279 et s.
- Sociale : 278
- Personnes morales (des) : 380

Vie personnelle : 279, 280, 281

Bibliographie

I – Traités, Manuels et Ouvrages généraux

ATIAS (Chr.)

- *Les personnes, les incapacités, Paris, PUF, coll Droit fondamental, 1985, 265 p.*

AUZERO (G.), DOCKÈS (E.)

- *Droit du travail, 29ème éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, 1564 p.*

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), WAHL (A.)

- *De la société, du prêt, du dépôt, in BAUDRY-LACANTINERIE (G.), Traité théorique et pratique de droit civil, t. 20., Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1895-1905.*

BÉNABENT (A.)

- *Droit civil : les obligations, 14ème éd., coll. Precis Domat Droit Privé, Paris, Montchrestien-LDGJ-Lextenso éd., 2014, 635 p.*
- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 10ème éd., coll. Precis Domat Droit Privé, Paris, Montchrestien-LDGJ-Lextenso éd., 2013, 706 p.*

CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (Fr.)

- *Droit de la consommation, 6ème éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2003, 631 p.*

CALAIS-AULOY (J.), TEMPLE (H.)

- *Droit de la consommation, 8ème éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2010, 726 p.*

CAS (D.), FERRIER (D.)

- *Traité de droit de la consommation, Paris, PUF, 1986, 592 p.*

CATALA (N.)

- *L'entreprise in CAMERLYNCK (G. H.) (dir), Traité de droit du travail, t. 4, Paris, Dalloz, 1980. 1292 p.*

CHAPUS (R.)

- *Droit administratif général, 13ème éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1999, 1369 p.*

COLLART DUTILLEUL (Fr.), DELEBECQUE (Ph.)

- *Contrats civils et commerciaux, 9ème éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2011, 1028 p.*

CORNU (G.)

- *Droit civil, les personnes, 13ème éd., coll. Precis Domat Droit Privé, Paris,*

Montchrestien, 2007, 256 p.

DE JUGLART (M.), IPPOLITO (B.)

- *Droit commercial, premier volume, 3ème éd. Par DU PONTAVICE (E.), DUPICHOT (J.), Paris, Montchrestien, 1979, 914 p.*

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (FR.), BLARY-CLÉMENT (É.)

- *Droit commercial : actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, 10ème éd., coll. Precis Domat Droit Privé, Paris, Montchrestien-Lextenso éd., 2010, 502 p.*

ESCARRA (J.)

- *Manuel de droit commercial, 2 vol., Paris, Sirey, 1. 1947, 2. 1948 , 1026 p.*

FRIER (P. -L.), PETIT (J.)

- *Droit administratif, 9ème éd., coll. Precis Domat Droit Public, Paris, Montchrestien-LDGJ-Lextenso éd., 2014, 628 p.*

GERMAIN (M.)

- *Traité de droit commercial de RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), avec le concours de MAGNIER (V.), t. I, vol. 2 ,19ème éd. Paris, LGDJ, 2009, 994 p.*

GOUBEAUX (G.)

- *Traité de droit civil, Les personnes, ss dir. de GHESTIN (J.), Paris, LGDJ 1991, 602 p.*
- *Droit civil. Tome 1, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés, 34ème éd., Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, 752 p.*

HAMEL (J.), LAGARDE (G.) par JAUFFRET (A.)

- *Traité de droit commercial, t. 1, Paris, Dalloz 1954, 1172p.*

KRAJELSKI (D.)

- *Droit rural, préf. FOYER (J.), Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2009, 366 p.*

LONG (M.), WEIL (Pr.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (Br.)

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 15ème éd., Paris, Dalloz, 2005, 974 p.*
- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19ème éd., Paris, Dalloz, 2013, 1033 p.*

LYON-CAEN (Ch.-L.), RENAULT (L.)

- *Manuel de droit commercial, 15ème éd. Revu par AMIAUD (A.), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928, 1347 p.*

MALAURIE (Ph.)

- *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs, 6ème éd., Paris,*

Defrénois Lextenso éditions, 2012, 372 p.

- *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs, 7ème éd., Paris, Defrénois Lextenso éditions, 2014, 384 p.*

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (PH.)

- *Les obligations, 6ème éd., Paris, Defrénois Lextenso éditions, 2013, 684 p.*

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P. -Y.)

- *Les contrats spéciaux, 7ème éd., Paris, Defrénois Lextenso éditions, 2014, 712 p.*

MASSON (A.), NIHOUL (P.)

- *Droit de l'Union européenne, droit institutionnel et droit matériel: théorie, exercices et éléments de méthodologie, 3ème éd., coll Manuels Larcier, Bruxelles, Larcier, 2001, 574 p.*

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), TUNC (A.)

- *Traité de la responsabilité civile, t. I, 6ème éd., Paris, Montchrestien, 1965, 1080 p.*

MERLE (Ph.), FAUCHON (A.)

- *Droit commercial, sociétés commerciales, 16ème éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, 965 p.*
- *Droit commercial, sociétés commerciales, 18ème éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, 967 p.*

MESTRE (J.), TIAN-PANCRAZI (M. -E.), ARNAUD-GROSSI (I.), MERLAND (L.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.)

- *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international, 29ème ed., coll. Manuels, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2012, 1324 p.*

MORAND-DEVILLER (J.)

- *Cours de droit administratif, 6ème éd., Paris, Montchrestien 1999, 847 p.*
- *Droit administratif : cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés, 13ème éd., coll. Cours (Montchrestien), Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, 800 p.*

PETIT (N.)

- *droit européen de la concurrence, coll. Precis Domat Droit Privé, Paris, Montchrestien-Lextenso éd., 2013, 684 p.*

PIZZIO (J. -P.)

- *Code de la consommation commenté, 2ème éd., Paris, Montchrestien, 1996, 506 p.*

PIEDELIÈVRE (St.)

- *Droit de la consommation, 2ème éd., Paris, Économica, 2014, 842 p.*

- *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, 9ème éd., coll. Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, 388 p.*

PLANIOL (M.), RIPERT (G.)

- *Traité pratique de droit civil français, t. 1 Les personnes, 2ème éd. revu par SAVATIER (R.) avec le concours de SAVATIER (J.), Paris, LGDJ 1952, 874 p.*

RENUCCI (J. -Fr.)

- *Traité de droit européen des droits de l'homme, 2ème éd., Paris, LGDJ-Lextenso, 2012, 1297 p.*

RICHER (L.)

- *Droit des contrats administratifs , 9ème éd., coll. Manuels, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, 668 p.*

RIPERT (G.), ROBLOT (R.)

- *Traité de Droit commercial, t. 1 par VOGEL (L.) 18ème éd., Paris, LGDJ, 2001, 905 p.*
- *Traité de droit commercial, t. I, 17ème éd. par GERMAIN (M.), Paris, LGDJ, 1998, 1598 p.*

ROUTIER (R.)

- *Obligations et responsabilités du banquier, 2ème éd., Paris, Dalloz, 2008, 911 p.*

SAINT-PAU (J. -Chr.)

- *(ss. dir.), Droits de la personnalité, Paris, LexisNexis, 2013, 1409 p.*

SUDRE (F.)

- *Droit international et européen des droits de l'homme, 11ème éd., coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2012, 935 p.*

TAHOMINA (G.)

- *Théorie et pratique du droit de la consommation, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 841 p.*

TERRÉ (Fr.), FENOUILLET (D.)

- *Droit civil : Les personnes, La personnalité, Incapacités, Protection, 8ème éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, 934 p.*

TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.)

- *Droit civil : Les obligations, 11ème éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, 1594 p.*

TEYSSIÉ (B.), CESARO (J. -Fr.), MARTINON (A.)

- *Droit du travail: relations individuelles, 3ème éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2014, 882 p.*

THALLER (E.)

- *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime, 3ème éd., Paris, Rousseau, 1904, 1127 p.*

TRUCHET (D.)

- *Droit administratif, 2ème éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2009, 468 p.*
- *Droit administratif, 5ème éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2013, 476 p.*

VOGEL (L.)

- *Droit européen des affaires, coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, 945 p.*

WALINE (M.)

- *Droit administratif, Sirey, 7ème éd., 1957, 892 p.*

ZÉNATI (Fr.), REVET (Th.)

- *Cours de droit civil : contrats : théorie générale, quasi-contrats, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2014, 477 p.*
- *Manuel de droit des personnes, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2006, 339 p.*

II – Thèses, Monographies, Mélanges et Fascicules

ARCELIN (L.)

- *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, coll. Bibl. dr. Entr., préf. HAGELSTEEN (M.-D.), Paris, Litec, 2003, 554 p.*

BARUCHEL (N.)

- *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, Bibl. droit. priv., t. 410, Paris, LGDJ, 2004, 436 p.*

BEAUCHARD (J.)

- *Remarques sur le Code de la consommation, in BEAUCHARD (J.), COUVRAT (P.), Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu, Paris, Presses universitaires de France, 1994, 473 p., spéc. pp. 9-23.*

BEIGNIER (B.)

- *L'honneur et le droit, Paris, LGDJ, Coll Bibliothèque de droit privé, t. 234, 1995, 660 p.*

BERTRAND-MIRKOVIC (A.)

- *La notion de personne, étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, Aix-en Provence, PUAM 2003, 472 p.*

BRICHET (R.)

- *Associations et syndicats, régimes juridique, fiscal et social, 6ème éd. Paris,*

Litec, 1992, 713 p.

CALAIS-AULOY (J.)

- *Les Contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Créteil, ENAJ, 1978, 267 p.*

CATHIARD (A.)

- *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat, Aix-en-Provence, PUAM, 589 p.*

CHAPUT (Y.)

- *L'objet social des sociétés commerciales, thèse, Clermont, 1973, 300 p.*
- *V° Objet social, Rép. Sociétés Dalloz, avril 2005.*

CHARBONNEL (L.)

- *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat, Clermont Ferrand, Fondation Varenne, Paris, diff. L.G.D.J., Collection des thèses ; n° 60, DL 2012, 349 p.*

CHARTIER (Y.)

- *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, Paris, Dalloz, 1983, 1050 p.*

CHAZAL (J. -P.)

- *De la puissance économique en droit des obligations, thèse Grenoble II, 1996, 638 p.*

DABIN (J.)

- *Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952, 313 p.*

DESPAX (M.)

- *L'entreprise et le droit, préface de MARTY (G.), Paris, LGDJ, 1957, 443 p.*

DIDIER (P.)

- *Brèves notes sur le contrat organisation, in L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré, Paris, PUF, Dalloz, Ed. Du Juris-Classeur, 1999, 868 p., spéc. p. 635.*

DORVILLE (A.)

- *De l'intérêt moral dans les obligations, Thèse, Paris, Rousseau, 1901, 392 p.*

DUCHANGE (L.)

- *Des actes de commerce par relation, Paris, A. Rousseau, 1900, 385 p.*

GANOT (J.)

- *La réparation du préjudice moral, Rennes, Imp. Edoneur, 1924, 226 p.*

GAVALDA (Chr.)

- *Le secret des affaires, in Mélanges offerts à René Savatier , Paris, Dalloz, 1965, 972 p., spéc. pp. 291-316.*

GOSSELIN-GORAND (A.)

- *Jurisclasseur Dr. com. Fasc. 50 : Commerçants . - Qualité de commerçant , 2008, LexisNexis – Litec.*

GOUBEAUX (G.)

- *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens, Aspects actuels du droit commercial français, in Études offertes à René Roblot, Paris, LGDJ, 1984, 574 p., spéc. pp. 199-215.*
- *La règle de l'accessoire en droit privé, Paris, LGDJ, 1969, 542 p.*

GUENNAD (S.)

- *Le préjudice moral des personnes morales, Thèse, Paris II, 2011, 315 p.*

JHERING (R.) von

- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. De la 3ème éd. par O de Meulanaere, 2ème éd. Paris, Maresq, 1878, t. IV, 440 p.*

JULIEN (J.)

- *Droit de la consommation et surendettement, Paris, Montchestien-Lextenso, 2009, 594 p.*

KAYSER (P.)

- *Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain, in Études offertes à Jean MACQUERON, Aix-en-Provence, PUAM, 1970, p. 411.*

KELSEN (H.)

- *Théorie pure du droit, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1999, 367 p.*

LAFONT (S.)

- *La soumission des personnes morales de droit public au droit de la consommation, Paris, Litec, Fédération nationale pour le droit de l'entreprise, 2009, 375 p.*

LEBEN (Ch.)

- *V° Ordre juridique in Dictionnaire de la culture juridique, ss. dir. D. Alland et S. Rials 2003.*

LEFRANC (D.)

- *La renommée en droit privé, Paris, Defrénois, 2004, 478 p.*

LEPAGE (A.)

- *Personnalité (Droits de la), Rép. civ. Dalloz, 2009.*

LOISEAU (Gr.)

- *Le nom objet d'un contrat, préf. GHESTIN (J.), coll. bibliothèque de droit privé, t. 274, Paris, LGDJ, 1997, 542 p.*

LOUIS (J. -V.), VANDERSANDEN (G.), WAELBROECK (D.), WAELBROECK (M.)

- *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE n° 10, La Cour de justice, les actes des institutions, 2ème éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1993, 666 p.*

LUCAS-SCHLOETTER (A.)

- *Droit moral et droits de la personnalité, Étude de droit comparé français et allemand, t. I, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 300 p.*

LUCIANI (A. -M.)

- *Les droits de la personnalité, du droit interne au droit international privé, Thèse Paris I, 1996, 292 p.*

LYON-CAEN (G.)

- *Que sait-on de l'entreprise ?, in Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2001, 552 p.*

MACQUERON (P.)

- *Association et activité professionnelle, Études offertes à Barthélemy Mercadal, Levallois-Perret, Francis Lefebvre, 2002, 558 p., spéc. p. 335.*

MAETZ (Cl. -A.)

- *La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique, Coll. De l'Institut de droit des affaires)Préf. MESTRE (J.) et PORACCHIA (D.) Aix-en-Provence, PUAM, 2010, 610 p.*

MARIE (C.)

- *J.-Cl. Civil Annexes, Fasc. 55 : Nom – usage et protection du nom, 2004.*

MARTRON (H.)

- *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé, coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, préf. HALLOUIN (J. -Cl.), Paris, LGDJ, Poitiers, Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, 2011, 298 p.*

MATHEY (N.)

- *Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse Université Panthéon-Assas, Paris II, 2001, 649 p.*

MENJUCQ (M.)

- *V° Personne morale, in CADIET (L.) (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris, PUF, 2004.*

MERCADAL (B.)

- *La notion d'entreprise, in Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé, Paris, GLN-Joly éd., Litec, 1991, 437 p., spéc. p.9*

MICHOUD (L.)

- *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 2ème éd. par TROTABAS L., Paris, LGDJ, 1924. 2 vol., Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1998, 527 p.*

NERSON (R.)

- *Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, Bosc frères, 1939, 546 p.*

NAÔMÉ (C.)

- *Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique, Bruxelles, Larcier, 2007, 299 p.*
- *Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique, 2éme éd. Bruxelles, Larcier, 2010, 377 p.*

OPPETIT (B.)

- *Les rapports des personnes morales et de leurs membres, thèse, Paris, 1963, 506 p.*

PAISANT (G.)

- *Retour sur la notion de non-professionnel, in HENRY X. (dir.), Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2009, 608 p., spéc. p. 231.*

RAVANAS (J.)

- *J-Cl. Droit civil, art. 9 (version antérieure à avril 2010), fasc. 10, p. 15*

RIPERT (G.)

- *Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, LGDJ, 1946, 348p.*

ROUHETTE (G.)

- *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, 381p.*

ROUXEL (S.)

- *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français, thèse, Grenoble, 1994, 340 p.*

SAINT-PAU (J. -Chr.)

- *La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile, in Responsabilité civile et assurances : études offertes à Hubert Groutel, LexisNexis Litec, Paris 2006, 484 p., spéc. p. 405.*

SAUPHANOR (N.)

- *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, Thèse, Paris, coll. bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2000, 425 p.*

SCHILLER (S.)

- *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales, préf. TERRÉ F., Thèse, Paris, Coll Biblio. dr. Privé, Paris, L.G.D.J., 2002, 608 p.*

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- *Le préjudice moral des personnes morales, in Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Paris, Dalloz, 2008, 1083 p., spéc. p. 959.*

TRICOT-CHAMARD (I.)

- *Contribution à l'étude des droits de la personnalité, L'influence de la télévision sur la conception de la personnalité, préf. PARLÉANI (G.), coll. de l'Institut de recherche et d'études en droit de l'information et de la communication, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 539 p.*

VINCENSINI (Fr. -X.)

- *La commercialité, recherche sur l'identification d'une activité, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, 595 p.*

WAQUET (Ph.)

- *L'entreprise et les libertés du salarié, coll. Droit vivant, Paris, éd. Liaisons, 2003, 206 p.*

WICKER (G.)

- *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit, in Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Paris, Litec, 2009, 740 p., spéc. p. 691.*
- *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, bibl. dr. priv. t. 253, Paris, LGDJ, 1997, 441 p.*

III – Articles, Chroniques et Rapports

ACQUARONE (D.)

- *L'ambiguïté du droit à l'image, D. 1985, Chron. 129.*

ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE ET FINANCIER

- *Actes du Colloque inaugural http://www.apcef.com/652_p_37962/colloque-inaugural-a-la-cour-de-cassation.htm*

ADAM (P.)

- *Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax. Regards sur quelques arrêts rendus en 2011, RDT 2012 p. 100.*

AGUILA (Y.)

- *Dix propositions pour mieux réparer le dommage environnemental.*

Environnement, 2012 dossier 2.

AMAR (J.)

- *Une cause perdue la protection des personnes morales par le droit de la consommation, Contrats, conc. consomm. 2003, chron. n° 5.*

ANTIPPAS (J.)

- *Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux de la personnalité, RTD. com. 2012 p. 35.*

AUBERT DE VINCELLES (C.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.)

- *Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, D. 2014 p. 879*

BACACHE (M.)

- *Définir les modalités de la réparation du préjudice écologique devant le juge. - Commentaire de la proposition n° 3 du rapport « Mieux réparer le dommage environnemental » remis par le Club des juristes, Environnement, 2012 dossier n° 6.*
- *Quelle réparation pour le préjudice écologique ?, Environnement, 2013, étude 10*

BARBIER (C.)

- *L'usager est devenu le client du service public ?, JCP G 1995, I 3816.*

BECQUÉ-ICKOWICZ (S.), SAVOURÉ (D.)

- *Acquisition par une SCI et faculté de rétractation, Defrénois. 2013 p. 175.*

BÉDARIDE (Br.)

- *Crédit immobilier et démarchage. L'impact limité de la loi de sécurité financière, Dr. et patr., n°129, sept. 2004, p. 36.*

BÉLOT (Fr.)

- *Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français, LPA 2005, n° 258, p. 8*

BERGEL (J -L.)

- *La protection de l'acquéreur immobilier, Dr. et part., nov. 2002, p. 54.*

BERLIOZ (G.)

- *Droit de la consommation et droit des contrats, JCP G 1979, I 2954*

BIHL (L.)

- *Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal. 1974, 2, 754.*

BIOY (X.)

- *L'usage du concept de « personne » en droit, in Les concepts en droit : usages et identités, Cahiers de méthodologie juridique, RRJ , n° spécial 26, PUAM, 2012.*

BLANC (G.)

- *Les frontières de l'entreprise en droit commercial, D. 1999 p. 415.*

BORONAD-LESOIN (E.)

- *La survie de la personne morale dissoute, RTD com. 2003 p. 1.*

BOSKOVIC (O.)

- *La patrimonialité des droits, Brèves observations sur une notion fondamentale, R.R.J, Droit prospectif, Aix-en-Provence, PUAM 2005.*

BOUILLOUX (A.)

- *La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, Rev. Soc. 1994 p. 393*

BOUJEKA (A.)

- *Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français, D. 2005, Jur. p. 1948.*

BOURDALLÉ (N.),LASSERRE-CAPDEVILLE (J.)

- *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier, Banque et droit, 2006, , n° 107, p. 17.*

BOUTONNET (M.), NEYRET (L.)

- *Préjudice moral et atteintes à l'environnement, D. 2010 p. 912 s.*

BRUGUIÈRES (J. -M.)

- *Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais..., D. 2011, chron. p. 28, spéc. n° 18.*

CARMET (O.)

- *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, RTD Com. 1982, p. 9*

CATALA (P.)

- *Avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 du Code civil et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 du Code civil) du 22 septembre 2005, disponible sur : www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf*

CHAGNY (M.)

- *L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce entre le droit du marché et le droit commun des obligations, D. 2011 p. 392.*

CHAZAL (J. -P.)

- *Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, Chr. p. 260, spéc. N° 12.*

CHAZAL (J. -P.)

- *Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost*

(Cass. com. 22 oct. 1996), JCP G 1998, I, 152.

CORDONNIER (P.)

- *L' « objet social », D. 1952 p. 171.*

CORNU (G.)

- *Rapport n° 111 (2007-2008) de M. Gérard CORNU, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 05 décembre 2007.*

CRÉMIEUX (M.)

- *Le secret des affaires, in LOUSSOUARN (Y.) et LAGARDE (P.) (dir.), L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation, Paris, LGDJ, 1978, p. 458.*

DANIEL (J.)

- *Le devoir de mise en garde du banquier, LPA, 18 mars 2008 n° 35 p. 5*

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Fr.)

- *Rapport de synthèse : existe-t-il une définition unique et transversale de la notion de personne ?, Dr. Fam. 2012, dossier n°11*

DELEBECQUE (Ph.)

- *Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? D. aff. 1997, p. 235 et s.*

DELPECH (X.)

- *LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives, D. 2008 act. Légis. p. 2220.*

DELVOLVÉ (P.)

- *La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, Dr. adm. oct. 1993, p. 4.*

DIDIER (P.)

- *Le consentement sans l'échange : le contrats de société, RJ com. 1995, p. 75.*

DREVEAU (C.)

- *Réflexions sur le préjudice collectif, RTD Civ. 2011, p. 249.*

DUMOULIN (L.)

- *Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev. soc. 2006, p.1.*

DURAND (P.)

- *La personnalité morale et ses limites, D. 1949 chron. XXXIV, p. 141.*

EDELMAN (B.)

- *Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image, D. 1970, Chron. 119.*

FAVARIO (Th.)

- *Les contours du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti, RD bancaire et fin. 2010, étude 12.*

FERRIER (D.), FERRÉ (D.)

- *La réforme des pratiques commerciales (loi n° 2008-776 du 04 août 2008). D. 2008, p. 2235.*

GAILLARD (E.)

- *La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1984, Chron., 161.*

GARRON (R.)

- *Influence de la destination sur le régime juridique des droits, D. 1965, chron. p. 191.*

GHESTIN (J.)

- *L'utile et le juste dans les contrats in Archives de philosophie du droit, t. XXVI. L'utile et le juste, Paris, Sirey, 1981, p. 35.*

GUGLIELMI (G. -J.), KOUBI (G.)

- *Le droit, comme la langue vit dans la conscience populaire, AJDA 2008, p. 1169.*

GUYADER (H.)

- *Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non-averti, Contrats, conc. consomm. 2008, étude 3.*

HAGE-CHAHINE (F.)

- *Essai d'une nouvelle classification des droits privés, RTD civ. 1982, p. 705. spéc. n° 4 p. 707 à 709.*

HASSLER (Th)

- *Image et vie privée sous la loupe des médias, AJ Famille 2008 p. 184.*

HÉMARD (J.)

- *Droit de la concurrence et protection du consommateur, Gaz. Pal. 1971, 2, 575.*

HENRY (X.)

- *Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité, D. 2003, chron. p. 2257.*

HOUIN-BRESSAND (C.)

- *Bilan de la jurisprudence du banquier dispensateur de crédit, RD bancaire et fin. 2007, étude 23*

KAYSER (P.)

- *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, Revue trimestrielle de droit civil , No 3, 1971, pp. 445-509.*

LAFORTUNE, (M. -A.), CAZAL (J. -P.), HAUSMANN (Chr.), LAPORTE (P.), OUANICHE (M.)

- *Définition et évaluation des préjudices économiques des entreprises, CDE 2014, entretien 1*

LAMARCHE (Th.)

- *La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 709.*

LAMBERT-FAIVRE (Y.)

- *L'indemnisation du préjudice corporel, rapport de Mme au ministre de la justice, CNAV, Oct. 2003, p. 9*

LARROUMET (Chr.)

- *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, D. 1997, p. 145.*

LAZAYRAT (E.), ROCHFELD (J.) et MARGUÉNAUD (J. -P.)

- *La distinction des personnes et des choses, Dr. Fam. 2013, étude n°5.*

LE GOFF (A.)

- *Contenu de l'obligation de mise en garde à la charge du banquier prêteur et notion de crédit excessif , JCP E 2007 p. 1079.*

LEDUC (F.)

- *Faut-t-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue d'un privatiste. Resp. civ. et assurances, 2010, dossier n° 3.*

LEPAGE (A.)

- *La vie privée, une notion civiliste en droit du travail, Dr. soc. 2006 p. 364.*

LEVASSEUR (G.)

- *La protection de la personnalité en droit pénal français, Journées de Madrid – Travaux de l'Association H. Capitant, t. XIII p. 187.*

LHUILIER (G.)

- *Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence, RTD com. 1994, p. 645.*

LOISEAU (Gr.)

- *Des droits humains pour personnes non humaines, D. 2011 p. 2558.*
- *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français, McGill Law Journal, 1977 p. 321.*

LOMBARD (M.)

- *Mots et valeurs du service public, AJDA, 2008, p. 1225*

LUBY (M.)

- *« Sommes-nous tous des consommateurs? », Dr et Patr. Oct.2002, Dossier*

Protection du consommateur dans l'espace européen, p 44.

- *Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (A propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MNRE Sas, aff. C-542/99), Contrats conc. consom. 2002, chron. 14.*

LYON-CAEN (G.)

- *Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial, RTD com., 1949, p. 577.*

MACCIONI (H.)

- *L'image de marque : Émergence d'un concept juridique ? JCP G 1996, I 3934.*

MALINVAUD (P.)

- *La protection des consommateurs, D. 1981, chr. p. 49.*

MARCOU (G.)

- *Maintenir l'expression et la notion de « service public », AJDA 2008, p. 833.*

MARTIN (P.)

- *Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012, Gaz. Pal. 2012, doct. p. 1972.*

MARTIN (R.)

- *Personne et sujet de droit, RTD civ. p. 785.*

MARTY (J. -P.)

- *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, RTD com 1981 p. 681,*

MATHEY (N.)

- *Le commerce électronique dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Contrats Conc. Consomm. 2004, étude 13, spéc. note 14.*

MAZEAUD (D.)

- *L'attraction du droit commun », RTD com 1998 p. 95, spéc. p. 103.*
- *La protection par le droit commun, in Les clauses abusives entre professionnels, ss dir. JAMIN (Chr.) et MAZEAUD (D.), Paris, Economica, 1998, 166 p., spéc. p. 33.*

MEKKI (M.)

- *La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, RD bancaire et fin 2007, dossier n° 27.*

MESTRE (J.)

- *Des notions de consommateur, RTD civ. 1989 p. 62.*

- *La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, JCP G 1974, I, 2623.*

MILLET-URSIN (C.)

- *Enjeux et mutations en matière de rémunération. JCP S 2010, 1321.*

MOULIÈRE (Fr.)

- *Secret des affaires et vie privée, D. 2012 p. 571.*

NEYET (L.)

- *La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire, D. 2008 p. 170 et s.*
- *L'extension de la responsabilité civile en droit de l'environnement, Resp. civ. & ass. 2013 dossier n° 29.*
- *La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire, D. 2008 p. 170 et s.*
- *Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement, D. 2008 p. 2681.*

NOTTÉ (G.)

- *Les sociétés en sommeil, JCP G 1981, I, 3022*

NUSSENBAUM (M.)

- *L'évaluation des préjudices économiques, RD Bancaire et Financier, 2013, étude 13.*

PACLOT (Y.)

- *Les diverses facettes du secret des affaires, Dr et Patr. 2002 p. 70.*

PAILLUSSEAU (J.)

- *Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques), RTD com. 1989 p. 1.*
- *Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705*
- *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, D. 1997 chron. p. 97.*
- *Les fondements du droit moderne des sociétés,JCP G 1984, I, 3148*

PAISANT (G.)

- *À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion de l'application du critère du « rapport direct », JCP G 2003, I, 121.*
- *La protection par le droit de la consommation, in Les clauses abusives entre professionnels, ss dir. JAMIN (Chr.) et MAZEAUD (D.), coll. Études juridiques, Paris, Economica, 1998, 166 p., spéc. p. 17.*
- *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1er février*

1995, D. 1995, chr. p. 101.

- *Protection des consommateurs : Une personne morale n'a pas accès à la protection de l'article L. 132-1 dès lors qu'elle a contracté « en qualité de professionnel », JCP G 2005, II, 10114.*
- *Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ?, JCP. G 2013, I, 589.*

PÉRINET-MARQUET (H.)

- *Les difficultés de délimitation du champ d'application des droits de rétractation et de réflexion offerts à l'acquéreur immobilier. - Article L. 271-1 du Code de la construction, JCP G 2002, I, 129.*

PETIT (Fr.)

- *Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales, Dalloz Affaires, 1998, p. 826.*

PIZZIO (J. -P.)

- *L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982 p. 93.*

PORACCHIA (D.)

- *La protection juridique des secrets de l'entreprise, Dr et patr. 2000, n° 85, p. 20 s.*

QUÉZEL-AMBRUNAZ (Chr.)

- *La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil, À la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés, RTD civ. 2012 p. 251.*

RAYMOND (G.)

- *Définir le consommateur ?, Contrats conc. consomm. 2013, rep. n° 9.*
- *Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 , Contrats conc. consomm, 2014, dossier 3.*

REINHARD (Y.)

- *Quels sont les points de convergences et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ?, Dr. Fam. 2012, dossier n° 9*

ROBIN-OLIVIER (S.), BERGÉ (J. -S.)

- *Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres (1re partie) . Droit de la consommation. La difficile question de la marge de manœuvre conférée par le droit communautaire aux droits nationaux dans la transposition des directives (Retour sur trois arrêts de la C.J.C.E. du 25 avril 2002) , LPA, 19 mai 2003 n° 99, p. 4 .*

SAINT-PAU (J. -Chr.)

- *L'article 9 du Code civil, matrice des droits de la personnalité, D. 1999 jur. p. 541.*

SCHAPIRA (J.)

- *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, RTD com. 1971, p. 957.*

SEILLER (B.)

- *L'érosion de la distinction SPA-SPIC, AJDA 2005, p. 417.*

SÉNÉCHAL (J.)

- *Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre siginificatif entre partenaires commerciaux, D. 2010, p. 1000.*

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.*

TERRÉ (Fr.)

- *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris 2011.*

TRABUCCHI (A.),

- *L'effet « erga omnes » des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes, RTD Eur. 1974, p. 56.*

TRÉBULLE (Fr. -G.)

- *Quelle prise en compte pour le préjudice écologique après l'Erika ? Environnement, 2013 étude 9.*

TRUCHET (D.)

- *Renoncer à l'expression « service public » ?, AJDA 2008, p. 553.*

VALETTE (D.)

- *Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?, RD bancaire et fin. 2007, dossier 29.*

VIGNEAU (V.)

- *Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur, Gaz. Pal. 2002, doct. p. 1279.*

VILMART (Chr.), LEGUIN (E.)

- *La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence JCP E 2008, 1997.*

WESTER-OUISSE (V.)

- *Dérives anthropologiques de la personnalité morale : ascendances et influences, JCP G 2009, I 137.*
- *La jurisprudence et les personnes morales. - Du propre de l'homme aux droits de l'homme, JCP G 2009, I, 121.*

- *Le préjudice moral des personnes morales, JCP G 2003, I, 145.*

WHITTAKER (S.)

- *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète », D. 2009, p. 1152.*

IV – Dictionnaires et œuvres non-juridiques

BLOCH (O.), VON WARTBURG (W.)

- *Dictionnaire étymologique de la langue française, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2002.*

CADIET (L.)

- *Dictionnaire de la Justice, Paris, PUF, 2004.*

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 2ème éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2001.*
- *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 10ème éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2013.*

Table des matières

Introduction générale.....8

Première partie La personne morale et la personnalité fonctionnelle.....13

Titre I L'émergence de la personne morale non-professionnelle.. 14

Chapitre I L'aptitude des personnes morales à être protégées par le droit....15

Section I La personnalité morale, un faux critère de la qualification de professionnel.....17

§ 1 – La personne morale, un professionnel protégé.....17

§ 2 – La protection de la partie faible indifférente de sa nature physique ou morale.....20

A – Dans les textes internes : absence de distinction.....20

B – Dans la jurisprudence : identité des critères.....21

C – Qualification jurisprudentielle indirecte de la personne morale.....24

§ 3 – Omniprésence de l'activité.....25

Section II La personne morale protégée par la notion autonome de non-professionnel.....28

§ 1 – L'inaptitude des personnes morales à la qualification de consommateur : unification de la notion.....28

A – Au regard du droit communautaire : les clauses d'harmonisation.....29

B – Au regard du droit interne.....33

C – Raisons du refus de la qualification de consommateur aux personnes morales.....35

§ 2 – La qualification autonome de non-professionnel, facteur de protection de la personne morale.....36

A – Une autonomie dans les textes.....36

B – L'autonomie jurisprudentielle de la qualification de non-professionnel au service de la protection des personnes morales.....38

Conclusion du chapitre I.....40

Chapitre II Le critère finaliste, une conception discutable du rapport direct avec l'activité professionnelle.....42

Section I Le rapport direct avec l'activité professionnelle, un critère déroutant.....46

§ 1 – Incohérence du choix du critère.....47

A – La référence douteuse aux textes abrogés relatifs au démarchage à domicile.....47

B – La qualité d'emprunteur averti ou l'abandon d'un critère objectif.....50
§ 2 – Un critère d'appréhension malaisée.....53
A – Le flou relativement à l'appréciation du critère.....53
B – Absence de définitions du rapport direct et terminologie pléthorique.....55

Section II Une conception inadaptée à l'émergence de la personne morale non-professionnelle.....58
§ 1 – La contradiction fondamentale de la conception finaliste.....58
A – L'activité professionnelle comme objet des personnes morales.....58
B – L'objectivation manquée de la notion de rapport direct.....63
1 – Le lien direct distendu durant l'activité professionnelle.....64
a – Manifestations de ce relâchement.....64
b – Raisons de ce relâchement, le basculement de l'objet à la cause du contrat.....67
α – La confrontation passée entre l'objet de la prestation du contrat et l'objet de l'activité professionnelle de la personne morale.....68
β – Tentative d'explication par référence à la cause médiate et objective de l'acte. 69
2 – De quelques difficultés liées au critère finaliste aux limites de la vie de la personne morale.....74
§ 2 – Une conception relevant de considérations de politique juridique.....77
A – La conception finaliste comme extension de la règle de l'accessoire subjectif.....78
B – Une remise en cause acceptable de l'unité du régime des actes de commerce.....80

Conclusion du chapitre II.....84

Conclusion du titre I Présomption de « professionnalité » des personnes morales.....86

Titre II La conception renouvelée de la personne morale non-professionnelle.....90

Chapitre I La qualification de non-professionnel ou la personne morale décomposée.....92

Section I Le lien particulier entre la personne morale et son activité.....93
§ 1 – La prise en compte par la doctrine de l'activité de la personne morale.....93
A – Absence de l'activité dans les théories classiques de la personnalité morale.....94
B – La théorie utilitariste implique l'existence d'une activité de la personne morale.....96
§ 2 – La concrétisation graduelle de l'activité finalisée de la personne morale.....98
A – La dualité des fonctions, caractéristique essentielle de l'activité des personnes morales.....98
B – Gradation de la concrétisation de l'activité finalisée.....100

Section II La concrétisation de l'activité finalisée au service de la personne

morale non-professionnelle.....101

§ 1 – La personnalité fonctionnelle, cible avérée de l'exclusion des protections consuméristes.....102

§ 2 – La protection de la personne morale par la personnalité morale de fonctionnement, composante du dernier échelon de la concrétisation de l'activité finalisée.....103

A – L'activité réelle source des personnalités morales professionnelle et de fonctionnement.....104

1 – Identité entre les notions d'activité professionnelle et d'activité réelle.....104

2 – La notion de personnalité morale de fonctionnement.....106

B – La personnalité de fonctionnement, élément de la personnalité non-professionnelle. 109

1 – Un élément essentiel de la personnalité non-professionnelle.....109

2 – La personnalité de fonctionnement élément de la justice contractuelle.....110

Conclusion du chapitre I.....113

Chapitre II Le critère de l'objet : une nouvelle conception du rapport direct avec l'activité professionnelle.....114

Section I Définition du critère de l'objet.....115

§ 1 – La notion d'activité professionnelle des personnes morales.....115

A – L'autonomie et les éléments indifférents de l'activité professionnelle des personnes morales.....116

1 – Inadéquation des définitions traditionnelles de l'activité professionnelle des personnes physiques.....116

2 – Autonomie par rapport aux notions voisines.....120

a – L'activité professionnelle et les notions d'entreprise.....120

b – La différenciation entre activité professionnelle et activité commerciale.....125

3 – Les éléments indifférents de la définition : la forme et le domaine d'activité.....130

B – Définition de l'activité professionnelle des personnes morales.....132

1 – Une succession intentionnelle d'actes.....132

a – Une succession intentionnelle d'actes fondée sur une finalité-objet.....132

b – L'épineuse question de l'existence d'un seuil quantitatif de l'activité professionnelle.....137

c – L'appréciation in concreto du domaine d'activité de la succession d'actes.....139

2 – La nature juridique de l'activité professionnelle des personnes morales.....140

§ 2 – Prépondérance du caractère direct du rapport avec l'activité professionnelle.....142

A – Distinction doctrinale entre les contrats utiles à l'activité professionnelle et les contrats de l'activité professionnelle.....142

B – Moyens pour y parvenir : combinaison de deux sous-critères.....147

1 – Appréciation de la spécialité des parties au regard de l'objet du contrat.....147

a – Le secours de l'admission prétorienne des clauses limitant ou excluant la

garantie des vices cachés.....148
b – Le secours de la notion d'acte de gestion courante.....154
2 – Tempérament par une analyse fondée sur la logique économique.....156

Section II De l'existence ou non de personnes morales non-professionnelles par application du critère du rapport direct renouvelé.....160
§ 1 – Parmi les personnes morales de droit privé.....161
§ 2 – Parmi les personnes morales en charge d'un service public.....163

Conclusion du chapitre II.....171

Conclusion du titre II.....173

Conclusion de la première partie.....174

Seconde partie La personne morale non-professionnelle et la personnalité non-fonctionnelle.....176

Titre I La nature des personnes morales et la méthode de détermination des droits de la personnalité.....178

Chapitre I Rejet de la démarche analogique des droits de la personnalité des personnes morales.....180

Section I La méthode analogique de détermination des droits de la personnalité des personnes morales.....181

Section II La double autonomie du préjudice extrapatrimonial des personnes morales, instrument du rejet de l'analogie.....185
§ 1 – Autonomie du préjudice extrapatrimonial des personnes morales quant au préjudice économique.....187
§ 2 – Autonomie quant au « préjudice moral », notion propre aux personnes physiques et refus de l'analogie.....190
A – Imprécision du préjudice extrapatrimonial des personnes morales et oppositions d'une certaine doctrine.....190
B – L'autonomie du préjudice extrapatrimonial des personnes morales, premier pas vers la démarche autonome des droits de la personnalité.....192

Section III La disqualification au regard des droits de la personnalité.....196
§ 1 – Nécessité d'aménagements des droits en cas d'usage de la méthode analogique. 196
§ 2 – Disqualification de l'analogie par dénaturation de notions, l'exemple de la vie privée appliquée aux personnes morales.....199
A – Le caractère intrinsèquement « afonctionnel » de la vie privée des personnes physiques.....200

1 – L' « alocalisation » de la notion de vie privée.....200
2 – « L'aprofessionnalité » de la notion de vie privée.....202
a – « L'aprofessionnalité » de la notion de vie privée au regard de son contenu.....202
b – « L'aprofessionnalité » de la vie privée au regard de la jurisprudence sociale conciliatrice des droits des salariés et du pouvoir de contrôle de l'employeur.....203
B – Conséquence : rejet de la méthode analogique.....208

Conclusion du chapitre I.....209

Chapitre II L'approche autonome des droits de la personnalité, source de protection de la personnalité non-fonctionnelle.....211

Section I Une démarche autonome modifiée.....212

§ 1 – Une démarche source d'incertitudes.....212
§ 2 – Exclusion de la protection des atteintes à la personnalité fonctionnelle par les droits de la personnalité.....215

Section II La détermination autonome du substrat de la protection des personnes morales.....221

§ 1 – L'incomplétude d'une définition analogique du substrat.....221
§ 2 – L'organisation de la personne morale comme substrat de la protection.....224
A – La personne morale, organisation juridique.....224
B – Le mécanisme, substrat de la personnalité organisationnelle.....226
C – L'organisme, substrat de la personnalité sociale.....229

Conclusion du chapitre II.....231

Conclusion du titre I.....233

Titre II Les droits de la personnalité des personnes morales.....235

Chapitre I Les atteintes aux droits de la personnalité des personnes morales. 236

Section I L'éventualité d'une protection de la personnalité organisationnelle. 237

§ 1 – La protection de la part organisationnelle des personnes morales par un principe de bon fonctionnement.....237
§ 2 – La double nature de la protection de la personnalité organisationnelle.....240
A – Dans l'ordre externe, un droit spécial de la personnalité.....241
B – Dans l'ordre interne, une nature quasi-infractionnelle.....244

Section II La personnalité sociologique externe et interne des personnes morales.....245

§ 1 – La personnalité sociale des personnes morales.....246

A – L'étendue discutée de la notion de personnalité sociale.....246
1 – L'étendue établie quant aux droits composants la personnalité sociale.....247
2 – L'étendue discutée par des notions partiellement concurrentes perturbatrices de la notion de personnalité sociale.....249
B – Le rapport direct avec l'activité professionnelle facteur de clarification de la personnalité sociale des personnes morales.....253
1 – L'activité, source de la personnalité sociale des personnes morales.....253
a – L'activité porteuse de l'investissement des personnes physiques participant à la personne morale.....253
b – L'activité génératrice de la représentation sociale de la personne morale.....255
2 – La notion de personnalité sociale clarifiée par le rapport direct.....259
a – Impossibilité de l'existence d'une personnalité sociale professionnelle.....259
b – Clarification par recours à la dimension dynamique de l'activité professionnelle : la distinction entre diffamation et dénigrement de produits ou services.....261
c – Clarification par recours à la dimension statique de l'activité professionnelle : la protection de la dénomination sociale.....268
§ 2 – De la protection de la vie interne des personnes morales et des droits assimilés.270
A – L'embarras des juges à reconnaître une vie interne aux personnes morales.....270
1 – La jurisprudence européenne.....271
2 – Contestation au regard de la jurisprudence interne.....274
B – La notion réduite de vie privée ou interne des personnes morales.....278
1 – Les droits de contenu quasiment dépourvus de lien avec l'organisation.....278
a – La protection de la confidentialité d'une information.....279
b – Exclusion de la notion de vie privée ou interne pour les personnes morales....283
2 – L'émancipation nécessaire des droits de contenant.....283

Conclusion du chapitre I.....285

Chapitre II Les préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales : proposition d'une nomenclature.....287

Section I Les préjudices extrapatrimoniaux professionnels des personnes morales.....288
§ 1 – De l'existence de préjudices des personnes morales à la fois extrapatrimoniaux et professionnels.....289
A – Le principe du préjudice extrapatrimonial professionnel.....289
B – L'inexistence des préjudices extrapatrimoniaux professionnels en cas d'exercice d'une activité économique.....290
§ 2 – La substance du préjudice extrapatrimonial professionnel, l'exemple des atteintes à l'environnement.....294

Section II Les préjudices extrapatrimoniaux des personnes morales issus des dommages à la personnalité.....298

§ 1 – Les préjudices extrapatrimoniaux relatifs au but de la personne morale.....298
A – Le préjudice institutionnel.....299
B – Le préjudice social, masque de la personne morale.....300
§ 2 – Le préjudice communautaire.....302

Conclusion du chapitre II.....307

Conclusion du titre II.....308

Conclusion de la seconde partie.....309

Conclusion générale.....311

Index alphabétique.....314

Bibliographie.....321

Table des matières.....341

La personne morale : un non-professionnel ?.....349
-.....349
Olivier Graf.....349

La personne morale : un non-professionnel ?

-

Olivier Graf

Les personnes morales sont couramment considérées comme des « êtres juridiques » incomplets par rapport aux personnes physiques et voués au seul exercice de leur activité. Dans ce contexte théorique, la Cour de cassation a étonnamment affirmé qu'elles pouvaient bénéficier de certaines protections du droit de la consommation par la qualification de non-professionnel. Parallèlement, la jurisprudence admet l'existence de préjudices moraux et de droits de la personnalité à l'égard des personnes morales.

La première partie des présents travaux a pour objet de remédier à cette contradiction en droit de la consommation. Il y est déterminé que la personnalité morale n'est pas un critère pertinent de protection des « êtres moraux ». Il est par la suite démontré que, la compréhension objective ou finaliste du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle rend cette dernière inopérante à l'égard de ces personnes. L'examen minutieux de la relation entre la personne morale et son activité professionnelle permet de faire émerger une vision éclatée des personnes morales favorable à la résolution du paradoxe. La personnalité morale en rapport avec l'activité professionnelle doit être scindée en deux, une personnalité professionnelle et une personnalité de fonctionnement. Pour ce faire, il est proposé une conception du critère du rapport direct fondée non plus sur la finalité de l'acte mais sur une comparaison entre l'objet de l'acte et l'objet de l'activité professionnelle entendue concrètement.

La seconde partie tend à éclairer l'idée *a priori* étrange de la reconnaissance de droits de la personnalité aux personnes morales. À cette fin, la démarche classique qualifiée d'analogique doit être fermement rejetée en ce qu'elle ignore l'autonomie du préjudice extrapatrimonial des personnes morales et que les aménagements qu'elle impose aux droits de la personnalité peuvent aboutir à leur dénaturation. Une approche autonome, fondée sur les caractéristiques propres des personnes morales est par conséquent privilégiée. Les droits de la personnalité des personnes morales ne pouvant porter sur la part fonctionnelle de ces personnes, le substrat sur lequel ils viennent s'agréger ne peut être que l'organisation. La détermination de ces droits nécessite de distinguer le dommage du préjudice. Ainsi, la méthode autonome de détermination des droits de la personnalité ne s'oppose pas à la découverte d'un droit de la personnalité propre aux personne morales. Il en résulte que des préjudices extrapatrimoniaux propres aux personnes morales peuvent également être identifiés.

Il peut en être conclu que les personnes morales peuvent être considérées comme des personnes juridiques différentes des personnes physiques mais néanmoins complètes.

Legal persons are commonly regarded as incomplete “legal beings” in comparison with natural persons and as dedicated only to carry on their activity. In this theoretical context, the French Court of Cassation has surprisingly asserted they could be protected by the non-professional qualification in French consumer law. Meanwhile, jurisprudence accepts the existence of moral damages and personality rights in respect of legal persons.

The first part of this work aims to address this contradiction in consumer law. In it is determined that legal personality is not a relevant criterion for the protection of "artificial beings". It is subsequently shown that objective or finalist understanding of the criterion of the direct relationship to business makes it ineffective against these persons. The scrutiny of the relationship between the corporation and its activity allows the emergence of an exploded view of legal persons in favor of the resolution of the paradox. Legal entity in connection with professional activities should be split into two, a professional personality and an operating personality. To do this, it is proposed a design criterion of the direct relationship based not anymore on the purpose of the act but on a comparison between the object of the act and the object of the business concretely understood.

The second part tends to clarify the *a priori* strange idea of recognition of personality rights to legal persons. To this end, the classical approach called analogical must be firmly rejected, since it ignores the autonomy of the non-pecuniary damage of legal persons and the arrangements it imposes on personality rights can lead to their denaturation. An independent approach, based on the own characteristics of legal persons is therefore preferred. Personality rights of legal persons can not bear the functional portion of these persons, the substrate on which they will be aggregated can only be the organization. The determination of these rights requires distinguishing the infringement of rights from the damaging consequences. Thus, the autonomous method of determination of personality rights does not preclude the discovery of own personality rights for legal persons. As a result, non-pecuniary damage for legal persons can also be identified.

It can be concluded that legal persons can be considered as different legal entities from individuals yet complete.